

II. NOTAS

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) EN GENERAL

SUMARIO: I. FUENTES: A) *Reglamento ejecutivo. Concepto a efectos de la emisión del Dictamen del Consejo de Estado.* B) *Reglamento, instrucción y circular.*—II. ACTO ADMINISTRATIVO: A) *Naturaleza: no es acto administrativo la corrección disciplinaria impuesta por el Juez o Tribunal en uso de la policía de estrados.* B) *Revocación.* C) *Suspensión. Gastos ocasionados para constituir el aval necesario para obtener la suspensión.*—III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: *Discrecionalidad. Anulación del acto e imposición a la Administración de la obligación de conceder la licencia solicitada.*—IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL: A) *Impugnación de actos del Estado o de la Comunidad Autónoma. Legitimación municipal.* B) *Impugnación de acuerdos locales. Requerimiento sujeto a plazo improrrogable.*—V. COLEGIOS PROFESIONALES: *Carácter no sancionador de la baja colegial por impago de cuotas.*—VI. LIBERTADES PÚBLICAS: A) *Derecho a la educación:* 1. *Libre elección de centro docente.* 2. *Enseñanza en lenguas cooficiales.* B) *Derecho al juez predeterminado por la Ley.*—VII. DOMINIO PÚBLICO: *Costas. Reglamento de ejecución.*—VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA: *Servidumbre de gasoducto.*—IX. SERVICIO PÚBLICO: A) *Tarifas de servicio mortuario prestado en régimen de monopolio por empresa mixta municipal.* B) *Energía eléctrica. Gastos de instalación y gastos de acometida.*—X. ECONOMÍA: *Casinos. Limitaciones a la libertad de empresa de actividad privada de interés general.*—XI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: *Comunicación previa. Carácter subsanable del incumplimiento del trámite.*—XII. RESPONSABILIDAD: *Daños causados por la constitución de aval para obtener la suspensión de un acto posteriormente anulado.*

I. FUENTES

A) *Reglamento ejecutivo. Concepto a efectos de la emisión del Dictamen del Consejo de Estado. Es el Reglamento de ley, el dictado en colaboración con la ley, con contenido innovativo y por tanto «praeter legem». No es ejecutivo el «secundum legem», el meramente interpretativo ni el organizativo.*

«Debe precisarse que, a efectos de la consulta preceptiva al Consejo de Estado exigida en el artículo 22.3 de la LOCE, son reglamentos ejecutivos los que la doctrina tradicional denominaba "Reglamentos de Ley". Se caracterizan, en primer lugar, por dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, lo acota al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el Reglamento en colaboración con la Ley. Es también necesario, en segundo lugar, que el Reglamento que se expida en ejecución de una norma legal innove, en su desarrollo, el ordenamiento jurídico sin que, en consecuencia, deban ser considerados ejecutivos, a efectos del referido artículo 22.3 LOCE, los Reglamentos *secundum legem* o puramente interpretativos, entendiéndose por tales los que se limitan a aclarar la Ley según su tenor literal,

sin innovar lo que la misma dice; los Reglamentos que se limitan a seguir o desarrollar en forma inmediata otros Reglamentos (Sentencia de esta Sala y Sección de 25 octubre 1991 [RJ 1991, 8178]) y los Reglamentos independientes que *extra legem* establecen normas organizativas en el ámbito interno o doméstico de la propia Administración. La intervención del Consejo de Estado sirve, en los casos de Reglamentos ejecutivos o *praeter legem*, al principio de legalidad que consagra el artículo 9.3 de la Constitución, en cuanto la potestad reglamentaria del Gobierno se sujeta a los principios, directrices o criterios que marca la Ley a desarrollar, y no se ejerce sólo según el buen criterio o la libre interpretación del Gobierno. La función consultiva que ejerce el Consejo de Estado se centra en velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (art. 2.1 LOCE) lo que explica el carácter esencial que institucionalmente tiene el dictamen de este órgano en los "Reglamentos de ley" como protección del principio de legalidad, con preferencia al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno (art. 97 CE) por razones de mera oportunidad. Aunque sin duda puede el Consejo de Estado entrar a valorar en su función aspectos de oportunidad y conveniencia, sólo lo hará en los casos en que la índole del asunto lo exija o la autoridad que consulta lo pida en forma expresa (art. 2.1 LOCE, ya citado).» (Sentencia de 15 de julio de 1996, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 6394.)

B) Reglamento, instrucción y circular. Criterios para establecer la distinción entre las figuras y determinar su carácter normativo. Concepto de reglamento ejecutivo.

«El segundo motivo de casación es por la vía del artículo 95.1.4.º LJCA, como consecuencia de infracción del ordenamiento jurídico, concretamente, por aplicación indebida de los artículos 130.4 LPA y 105 CE, al considerar la sentencia de instancia preceptiva la audiencia de la entidad actora en el procedimiento de elaboración de la Orden Ministerial recurrida. Para fundamentar este motivo el Abogado del Estado utiliza una doble línea argumental: la primera encaminada a negar a la Orden Ministerial impugnada el carácter de disposición general y, la segunda, dirigida a demostrar que FESMAT, la entidad actora, no tiene la condición de las asociaciones a las que, según la jurisprudencia, deben incluirse en el ámbito de la audiencia preceptiva del dicho artículo 130.4 LPA.

Sostiene el Abogado del Estado que la Orden cuestionada, de 9 marzo 1989, al señalar las normas a las que había de ajustarse la elaboración del Anteproyecto de Presupuesto de la Seguridad Social para 1990, se está refiriendo a fondos públicos y, concretamente a parte de los recursos del sistema Seguridad Social, por lo que no es una disposición general, sino una instrucción de las contempladas en el artículo 7 LPA, dictada por el Ministerio de Trabajo y dirigida a los órganos del propio Departamento y a los entes tutelados y controlados por el mismo, entre los que figuran no sólo las entidades gestoras de la Seguridad Social, sino también las entidades colaboradoras, como son las Mutuas de Accidentes de Trabajo, respecto de las que el artículo 205 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por D. 2065/1974, de 30 mayo, atribuye a dicho Ministerio su dirección, vigilancia y tutela. Tal argumentación, aunque puedan compartirse algunas de sus premisas en orden a la naturaleza de las Mutuas de Accidentes de Trabajo —como entidades colaboradoras de la Seguridad Social en relación con la gestión del riesgo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales— y a la consideración que merecen las primas que reciben —como cuotas de la Seguridad Social— no puede acogerse por el concepto y ámbito restrictivo de las disposiciones generales que sustenta, frente a una noción expansiva de las instrucciones y circulares a las que se refiere el citado artículo 7 LPA, y que le lleva a mantener la inaplicabilidad del trámite de audiencia previsto en el artículo 130.4 LPA y 105.a) CE. En efecto, no es posible identificar la

noción de disposición general con el de “la disposición administrativa que afecte a los ciudadanos en su condición de administrados” o con los Reglamentos “jurídicos”, como normas de actuación dictadas para todos y relativos a las llamadas relaciones de supremacía general, sino que también los denominados Reglamentos “administrativos”, en terminología académica de ascendencia germánica, *ad intra*, de carácter orgánico o referidos a relaciones de supremacía especial, son disposiciones normativas; unos y otros son normas jurídicas, disposiciones generales, que integran el ordenamiento jurídico. Y sólo merecen la consideración de instrucciones o circulares aquellas directivas de actuación u órdenes generales que no innovan propiamente el ordenamiento jurídico y que, como manifestación de la jerarquía administrativa, están dirigidas a órganos que se encuentran en una relación de esta naturaleza respecto de quien las imparte, como resulta, asimismo, del artículo 18 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LJAE), Texto Refundido aprobado por Decreto 26 julio 1957; de manera que tales instrucciones o circulares sólo obligan en función de la obediencia propia e inherente a dicha jerarquía administrativa y no como consecuencia de que formen parte del ordenamiento jurídico.

En el presente caso, la Orden Ministerial contemplada constituye una inequívoca norma, aun con un limitado límite temporal, dictada en el ejercicio de las facultades normativas que confería al Ministerio el artículo 4 de la Ley General de la Seguridad Social. Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 mayo (LGSS), fuera de la esfera de la estricta jerarquía administrativa, y con el ámbito de aplicación señalado en su artículo 1, cuya formulación se extiende a los presupuestos para 1990 de las Entidades Gestoras y Tesorería General de la Seguridad Social, de los Centros de gestión de ellas dependientes así como a los de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, que no son, desde luego, órganos sujetos a la jerarquía administrativa del Departamento, sino entes con personalidad jurídica colaboradoras de la Seguridad Social, en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sujetas por ende a la dirección y tutela del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en la actualidad, RD 758/1996, de 5 mayo). Y la Orden innova el ordenamiento jurídico, derogando la Orden 4 marzo 1988 y estableciendo la estructura presupuestaria, procedimiento de elaboración, cuantificación de los presupuestos, niveles de gestión y plazos.

Las diversas posiciones jurisprudenciales, coexistentes en el tiempo, respecto al carácter facultativo o preceptivo del trámite de audiencia establecido en el artículo 130.4 LPA para la elaboración de las disposiciones generales, dieron lugar a diversos recursos de revisión por contradicción de sentencias —art. 102.1.b) de la Ley de la Jurisdicción en su redacción anterior a la Ley 10/1992— en los que se acoge la condición de trámite preceptivo y se señala que su omisión constituye un vicio que comporta la nulidad de la disposición general, dando lugar así a un criterio que puede entenderse consolidado (SSTS 10 mayo 1990 [RJ 1990, 4545], 5 febrero 1992 [RJ 1992, 2343] y 20 mayo 1993 [RJ 1993, 3420]) y que pone el acento en la necesidad de efectuar una interpretación *ex constitutione* de la norma que establece la participación ciudadana y en la aspiración de legalidad, acierto y oportunidad que el artículo 129 LPA pretende satisfacer, en la elaboración de las disposiciones de carácter general, con los informes y audiencias previas a los que considera garantía necesaria.

No obstante, también tiene la condición de doctrina jurisprudencial el criterio que limita la exigencia de audiencia preceptiva, con efecto invalidante su omisión, a determinadas asociaciones y colegios profesionales. Así, la Sentencia de 21 noviembre 1990 (RJ 1991, 1578) de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ pone de relieve que las organizaciones intermedias, con un talante representativo, pueden encuadrarse en dos grupos nitidamente diseñados. Uno de ellos compuesto por los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, cuya función consiste en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de unos y otros, como

establece el artículo 7 de la Constitución, que más adelante configura los Colegios profesionales con una finalidad semejante respecto de éstos en el artículo 36. En el segundo grupo han de ser clasificadas las demás asociaciones que se crean bajo el cobijo de la libertad asociativa, reconocida también constitucionalmente (art. 22). Tales características tienen su reflejo en el aspecto que ahora nos ocupa, puesto que la predeterminación de sindicatos, asociaciones empresariales y Colegios profesionales, con su competencia definida en sus normas reguladoras, provoca que las Administraciones Públicas las conozcan de antemano y hayan de contar con ellas. En cambio, las asociaciones de origen íntegramente voluntario, por la misma indeterminación de la existencia y misión de cada una de ellas, no permiten un tratamiento idéntico a la hora de ser llamadas para su audiencia en el procedimiento. Y la jurisprudencia posterior ha discurrido, en definitiva, por una doble línea: de un lado, ha señalado que el carácter preceptivo del trámite de audiencia se enmarca en unos conceptos calificables de conceptos jurídicos indeterminados a los que alude el artículo 130.4 LPA; y de otro, insistiendo en acotar dicho trámite respecto de las "Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses generales o corporativos": en este sentido la Sentencia de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ de 8 mayo 1992 (RJ 1992, 10675) y Sentencias de 19 enero y 22 mayo 1991 (RJ 1991, 552, 4337) y 10 octubre 1994 (RJ 1994, 7980), entre otras muchas.

En el presente caso, es cierto que la Federación Española de Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo es una asociación empresarial, constituida al amparo de la Ley 19/1977, de 1 abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical; Real Decreto 873/1977, de 22 abril, y disposiciones complementarias, y tiene entre sus fines la representación, defensa y fomento de los intereses comunes de carácter económico-sociales, profesionales, de formación y culturales de sus miembros y a través de ellos de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo que los constituyen; pero también lo es su carácter de asociación voluntaria y que la Orden cuestionada afecta a las Mutuas, en relación con los Centros de gestión de la Seguridad Social de ellas dependientes, como entidades colaboradoras en relación a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en un ámbito de actividad no lucrativa (art. 202.3 LGSS), distinto, por tanto, del empresarial, y sobre todo en relación con unos ingresos que tienen, a todos los efectos, la consideración de cuotas de la Seguridad Social, formando parte del patrimonio de ésta y encontrándose afectas al cumplimiento de sus fines (arts. 17.4 y 202.4 LGSS). Consecuentemente, al establecer la Orden Ministerial las normas para la elaboración de los presupuestos de la Seguridad Social para 1990 y estarse refiriendo a fondos públicos y recursos del propio sistema de la Seguridad Social, resulta justificado que no se exija con carácter preceptivo el trámite de audiencia de FESMAT en el procedimiento de su elaboración.

Procede, en consecuencia, acoger este segundo motivo de casación al apreciarse aplicación indebida por la sentencia de instancia de los artículos 105.a) CE y 130.4 LPA.

El último de los motivos de casación, también al amparo del artículo 94.1.4.º LJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico se concreta en una aplicación indebida por la sentencia de instancia del artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980 del Consejo de Estado, al entender obligatoria la consulta previa a la Comisión Permanente de dicho Consejo. Se justifica el motivo reiterando, en primer lugar, la naturaleza de la Orden que, a juicio del Abogado del Estado, es la de una instrucción dirigida, entre otras, a las Mutuas de Accidentes de Trabajo para la confección de sus respectivos presupuestos; y, en segundo lugar, sosteniendo que la Orden no se dicta en desarrollo o ejecución de una ley, y que, en todo caso, resultaría aplicable la doctrina jurisprudencial sobre la innecesariedad del dictamen previo del Consejo de Estado cuando no se trata de reglamentos generales.

Afirmado, en el anterior fundamento jurídico, el carácter normativo de la Orden Ministerial examinada, el rechazo o éxito del tercero de los motivos casacio-

nales depende de que dicha norma tenga o no naturaleza de Reglamento ejecutivo. En efecto, el citado artículo 22.3 de la LOCE, al señalar que “la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones”, excluye —como hicieron las anteriores versiones de las normas reguladoras del Consejo y el propio artículo 10.6 LRJAE— de la obligatoriedad del mencionado dictamen los Reglamentos que no puedan ser incluidos en la categoría o concepto de Reglamento “ejecutivo”. Consecuentemente, será la calificación que a estos efectos merezca la Orden el elemento decisivo para decidir sobre la condición del dictamen del Consejo de Estado, que la sentencia de instancia consideró necesario y su omisión determinante de la retroacción del procedimiento de elaboración.

La jurisprudencia de esta Sala, para perfilar la noción de Reglamento ejecutivo ha utilizado, esencialmente, dos concepciones: una material, comprendiendo en el concepto aquellos Reglamentos que de forma total o parcial “completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan” una o varias leyes, entendidas éstas como normas con rango de ley, lo que presupone la existencia de un mínimo contenido legal regulador de la materia; y otra formal, dando cabida a los Reglamentos que ejecutan habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material. Y es que, como pone de relieve la STS 16 junio 1989 (RJ 1992, 3750) (Sala Especial del artículo 61 LOPJ), el artículo 22.3 LOCE “que no es sino reproducción de otros análogos en las sucesivas regulaciones de la institución, ha originado una construcción jurisprudencial dicotómica, quizás artificiosa, que separa los reglamentos ejecutivos de los independientes”, cuando la realidad es que la necesidad del dictamen previo del Consejo de Estado enlaza sobre todo y de modo inmediato con la significación de los principios de constitucionalidad y de legalidad, por los que, según el artículo 2.1 LOCE, debe velar en su función consultiva el Consejo de Estado, y cuyas exigencias se proyectan sobre cualquier clase de Reglamento.

Ha de tenderse, por tanto, a una interpretación no restrictiva del término “ejecución de leyes” teniendo en cuenta que hay, incluso, una mayor necesidad de control interno en la elaboración de los reglamentos, precisamente, a medida que es mayor la desconexión con la ley y dado que, en todo caso, han de respetar el bloque de la legalidad. Consecuentemente, y mientras subsista la necesidad de distinguir a efectos del dictamen del Consejo de Estado unos reglamentos específicamente “ejecutivos” porque la categoría esté formalmente consagrada en la LOCE, ha de incluirse en ella toda norma reglamentaria que desarrolle cualquier remisión normativa o reenvío legal a una ulterior normación que ha de efectuar la Administración como complemento de la ordenación que la propia ley establece, aunque ésta no incorpore una específica y parcial regulación material de lo que está llamado a desarrollar o completar el reglamento; y, únicamente, estarán excluidos del preceptivo dictamen del Consejo de Estado los Reglamentos independientes, autónomos o *praeter legem*, en el reducido ámbito en que resultan constitucional y legalmente posibles especialmente en el organizativo interno y en el de la potestad doméstica de la Administración y los Reglamentos de necesidad.

En relación con la Orden Ministerial examinada nos encontramos en una esfera de dirección, vigilancia y tutela administrativa ejercida por el Ministerio de Trabajo respecto a las Mutuas de Accidentes de Trabajo como entidades colaboradoras de la Seguridad Social, en orden a la elaboración de los Presupuestos de ésta, para la que no existe, propiamente, una remisión normativa en una disposición legal, sino simplemente un reconocimiento legal de competencia, además de la específica para el ejercicio de la potestad reglamentaria [art. 4.1.b) LGSS], en los artículos 4.1.d), 199 y 205 LGSS; precepto este último que contiene, sin embargo, una remisión a los Reglamentos generales para la determinación de las infracciones en que puedan incurrir dichas Mutuas, así como para la intervención temporal de la Entidad. Remisión normativa específica, para el establecimiento de las normas para la elaboración de

los presupuestos, que tampoco cabe encontrar en la Ley General Presupuestaria (LGP), Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 septiembre, ya que, en este aspecto, se limita a señalar la remisión de los anteproyectos de presupuestos al Ministerio de Economía y Hacienda (arts. 50, 54, primera, y 148), el contenido del presupuesto de la Seguridad Social (art. 147) y a establecer que “el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en base a los anteproyectos elaborados por las Entidades Gestoras y Servicios Comunes, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior —relativo al Anteproyecto de Presupuesto del Instituto Nacional de la Salud—, formará el Anteproyecto de Presupuesto de la Seguridad Social” (art. 148.1, párrafo segundo). Se trata, por tanto, del ejercicio de una competencia normativa implícita en el ámbito *ad intra* o doméstico de la propia Administración: inherente a la relación administrativa de dirección, vigilancia y tutela que se contempla, en cuanto resulta consustancial a la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado de los que forma parte el Presupuesto de la Seguridad Social, proyectada, para la elaboración del anteproyecto, sobre unos ingresos, como las primas de régimen de accidente de trabajo y enfermedades profesionales que tienen, según hemos adelantado, a todos los efectos, la consideración de cuotas de la Seguridad Social (art. 17.4 LGSS), integrantes del patrimonio único de ésta afecto a sus fines y distinto del patrimonio del Estado (arts. 48 LGSS y 5 LGP), como expresamente señala también el artículo 202.4 LGSS al disponer que “los ingresos que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales obtengan como consecuencia de las primas de accidentes de trabajo aportadas a las mismas por los empresarios a ellas asociados, así como los bienes muebles o inmuebles en que puedan invertirse dichos ingresos, forman parte de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta”.

Procede, consecuentemente, estimar también este tercer motivo de casación, ya que no se reconoce el carácter de Reglamento ejecutivo que la sentencia de instancia atribuye a la orden ministerial contemplada.» (*Sentencia de 30 de julio de 1996, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 6363.*)

II. ACTO ADMINISTRATIVO

A) *Naturaleza. Carece de la naturaleza de acto administrativo la corrección disciplinaria impuesta por el Juez o Tribunal en el curso de un procedimiento haciendo uso de la policía de estrados.*

«El motivo primero del recurso plantea la cuestión de la aptitud de la jurisdicción contencioso-administrativa para fiscalizar los acuerdos de las Salas de Gobierno mediante los que resuelven recursos de alzada contra las correcciones disciplinarias impuestas por el Juez o por la Sala ante la que se sigan las actuaciones a los abogados y procuradores por su actuación ante los Juzgados y Tribunales.

Aun cuando pueda discutirse el alcance del acuerdo adoptado por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, la perspectiva procesal adoptada por el recurrente es la de que integra una sanción de la naturaleza que acaba de ponerse de manifiesto.

Aceptando este punto de vista, la cuestión planteada se concreta en el examen de la posible impugnación en vía contencioso-administrativa del acuerdo de la Sala de Gobierno por el que se confirmó una sanción de apercibimiento al abogado recurrente impuesto por el tribunal penal como consecuencia de la presentación, indebida a juicio de éste, de determinados documentos.

Como hemos declarado en el Auto de 20 septiembre 1994 (RJ 1994, 6753), por el que se resolvió un recurso de apelación que versaba sobre un asunto que guarda semejanza con el ahora enjuiciado en casación, el tratamiento jurisprudencial de la cuestión no ha resultado pacífico y coincidente. En unas Resoluciones (de 14 junio 1988 y 3 diciembre 1990) se ha proclamado la naturaleza administrativa de las resoluciones que adoptan las Salas de Gobierno en la materia y, consecuentemente, la procedencia de la revisión jurisdiccional en vía contencioso-administrativa.

En otras decisiones, por el contrario (de 21 septiembre 1987 [RJ 1987, 6088] y 20 mayo 1991 [RJ 1991, 6546]), se ha declarado que las sanciones disciplinarias que impone la Sala de Gobierno tienen naturaleza meramente jurisdiccional, lo que veda la posibilidad de su impugnación por medio del recurso contencioso-administrativo.

La discordancia constatada impuso en aquella resolución la necesidad de seguir una razonada argumentación para justificar debidamente el criterio que en definitiva fue adoptado como solución genérica con el fin de evitar toda apariencia de particularismo selectivo. En esta resolución es menester acoger la solución entonces consagrada, en aras del principio de unidad de doctrina como manifestación del principio de igualdad en la aplicación de la ley por los Tribunales.

La decisión de la Sala de Gobierno desestimatoria de la alzada ante ella promovida no constituye, como se afirmaba en la sentencia últimamente citada de 1991 y se ratifica en el auto también citado, "un acuerdo gubernativo administrativo sancionador, ni aquel órgano actuaba en su dimensión gubernativa, sino como órgano estrictamente jurisdiccional", como Sala de justicia, pues "existen otras funciones gubernativas de carácter jurisdiccional que, aunque *prima facie* pudieran también parecer gubernativas, se encuentran en conexión tan íntima y necesaria con la función jurisdiccional, cuyo ejercicio aseguran y a la que instrumentalmente sirven, que resultan atraídas por su *vis atractiva* y deben ser consideradas jurisdiccionales".

Como se recoge en el auto citado, estamos en presencia de un acto jurisdiccional de dirección procesal excluido del control contencioso-administrativo, como parece confirmar el artículo 452 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que, a diferencia de lo establecido en el artículo 158.2, no es contemplada la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Asimismo, declararíamos en la expresada resolución que el criterio apuntado se consolida en contemplación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (por todas, Sentencia 205/1993, de 11 julio [RTC 1993, 205]), a cuyo tenor "las correcciones disciplinarias impuestas por los Jueces y Tribunales a los abogados en el curso de un procedimiento haciendo uso de la policía de estrados, así como las resoluciones revisoras de las mismas, no son actos materialmente administrativos, sino resoluciones jurisdiccionales dictadas en un proceso con todas las garantías. Por consiguiente la resolución judicial en la que se declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, no atenta contra el derecho a obtener tutela judicial efectiva, ni desde la perspectiva a obtener una resolución razonada con base en la legalidad ordinaria, ni como medio necesario para acceder a la revisión judicial".

El Tribunal Constitucional, desde otra perspectiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 38/1988 [RTC 1988, 38] y 92/1995 [RTC 1995, 92]), ha sostenido la preferencia de la vía disciplinaria configurada en los artículos 448 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial para sancionar las conductas no constitutivas de delito de abogados y procuradores que, en su actuación forense, falten al respeto debido al Tribunal o a los intervinientes. Esta preferencia ha sido justificada por la mayor garantía que comporta, ya que "trae consigo la consecuencia significativa de que el abogado sólo responda ante el propio Juez o la Sala de lo que ante ellos haga en su actuación forense como cooperante con la Administración de justicia".

La argumentación precedente conduce, así, a la desestimación del primer motivo de casación formulado.» (Sentencia de 19 de julio de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 5655.)

B) *Revocación. Distinción entre revocación por cambio de criterio con indemnización y revocación sin indemnización por situación de precario.*

«Con independencia de la procedencia o no de la indemnización solicitada, cuestión de la que trataremos a continuación, no puede acogerse el criterio del escrito de alegaciones, según el cual su no reconocimiento en el acto administrativo comporta la nulidad de éste. En efecto, como resulta de la doctrina establecida, entre otras, en la Sentencia de 30 abril 1987 (RJ 1987, 4769), incluso si resultase procedente el resarcimiento de los daños y perjuicios como consecuencia de la revocación de la licencia de vado, al transformarse en peatonal la plaza en que se ubicaba el inmueble, el reconocimiento en el fallo de la sentencia de tal indemnización añadiría lo que era necesario para que fuera válido el acuerdo municipal, sin que la omisión en éste fuera por sí sola causa de su ineficacia.

La sentencia de primera instancia niega la indemnización acudiendo a la figura de las limitaciones y a su no indemnizabilidad, especialmente proyectada sobre la propiedad y derechos patrimoniales, entendiéndose que "esta actuación administrativa debe ser soportada por el administrado pasivamente como una carga de la vida social". Sin embargo, el adecuado tratamiento de la cuestión suscitada debe situarse, como se ha adelantado, en el ámbito del uso común especial de un bien dominio público municipal regulado por el artículo 59.1.b) del anterior Reglamento de Bienes de las Entidades locales, 75.1.b) del actual RBEL, de la precariedad administrativa y de la revocación de las licencias municipales regulada en el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

El artículo 61 del anterior Reglamento de Bienes y el artículo 77 del actual RBCL para el uso común especial de bienes demaniales —esto es, para aquel que comporta, como en caso del vado sobre una acera, circunstancias especiales de peligrosidad, intensidad del uso u otra semejante— exigen licencia ajustada a la naturaleza del dominio, a los actos de afectación y apertura al uso público y a los preceptos de carácter general. En coherencia con la propia naturaleza de la licencia de que se trata, suele establecerse la cláusula de precariedad en el otorgamiento a que responde en el presente caso la previsión del artículo 7 de la Ordenanza sobre Vados del Ayuntamiento de Barcelona de 8 noviembre 1962 al señalar que el permiso no crea ningún derecho subjetivo, y su titular podrá ser requerido en todo momento para que los suprima a su costa y reponga la acera a su estado anterior, y el artículo 12.d) de la misma Ordenanza que se refiere a la anulación por cambio de las circunstancias en base de las que se concedió la licencia. Ahora bien, la cuestión no es de tratamiento tan sencillo que pueda resolverse con la mera invocación de la indicada cláusula y de las referidas previsiones, como lo demuestra el mismo casuismo de la doctrina de esta Sala en la que pueden distinguirse: una corriente jurisprudencial, parcialmente invocada por el apelante, que, junto a la proclamación clara de la competencia del Ayuntamiento para la ordenación del tráfico de calles y plazas y para regular la forma de su uso que incluye, en los términos antes vistos, la declaración de uso exclusivo peatonal, exige el reconocimiento de la indemnización a que tienen derecho los titulares de autorizaciones o licencias municipales para la entrada y salida de vehículos que se dejan sin efecto con los nuevos criterios de ordenación del uso de la calle o plaza de que se trate (SS. 10 abril 1976, 22 noviembre 1983 y 30 abril 1987); otra representada también por múltiples Sentencias, de fechas más recientes, como las de 25 septiembre 1981 (RJ 1981, 3821), 25 noviembre 1986 (RJ 1986, 8092), 23 marzo 1987, 7 abril 1989 (RJ 1989, 2917) y 9 diciembre 1992 (RJ 1992, 9829), que, partiendo del planteamiento expuesto, consideran no sólo esencialmente revocables por razones de interés público la clase de licencia de que se trata, sino que además ello es sin derecho a indemnización alguna, como regla general, y haciendo referencia a la constancia del carácter de "a precario" en el otorgamiento de la licencia para vado permanente.

La apuntada divergencia responde a que la cláusula de precario, tradicionalmente impuesta por la Administración en defensa de la titularidad y afectación de los bienes de dominio público y uso público, ha dado lugar a una problemática doctrinal y jurisprudencial en la que debe prevalecer el criterio de que la Administración carece de facultades para atribuirse por medio de dichas cláusulas el poder ilimitado de revocar a su libre voluntad y sin compensación indemnizatoria el uso otorgado. Por el contrario, dicha cláusula de precariedad ha de considerarse relacionada con el elemento causal y encaminada a preservar la finalidad del dominio público frente a una utilización anormal o especial del mismo que, además, no excluye siempre el reconocimiento de la oportuna indemnización, cuando sobre su base se procede a la revocación de la autorización por motivos de oportunidad conectados con el interés público específico a que sirve el dominio público. Pero existe también una precariedad administrativa que elimina cualquier pretensión de compensación económica indemnizatoria, cuando, además de resultar normativamente admisible y consignarse dicha cláusula expresamente o resultar directamente de la disposición aplicable, la autorización demanial está ligada a una situación de reconocida interinidad.

Por otra parte, el artículo 16 RSCL distingue cuatro clases de revocación: por incumplimiento de condiciones, por cambio de circunstancias, por cambio de criterios de apreciación y por error en el otorgamiento. Y, asimismo, para la tercera de las enumeradas que coincide con la revocación por razones de oportunidad exige indemnización de los daños y perjuicios que ocasione la retirada de la licencia. En el caso de la revocación por cambio de circunstancias, que es un supuesto de ineficacia sobrevinida por incompatibilidad de la licencia con las circunstancias surgidas con posterioridad a su otorgamiento, se trata de una revocación obligada o forzosa que no lleva aparejada ordinariamente indemnización; si bien, como ha precisado la jurisprudencia, no cabe considerar, a estos efectos, como cambio objetivo de circunstancia aquel que es determinado por la propia Administración.

La revocación que se contempla en la sentencia impugnada, partiendo de las premisas expuestas, merece la calificación de revocación causalmente relacionada con la finalidad de la precariedad con que se otorga la licencia de vado y justificada por circunstancias sobrevinidas como consecuencia de la decisión de la propia Administración municipal de hacer exclusivamente peatonal la plaza de Paul Claudel; en consecuencia, se trata de un acto ajustado a derecho, respecto del que sólo cabría concebir una indemnización por la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de un funcionamiento normal del servicio público (arts. 106.2 CE, 54 LRBR, 40 LRJAE —entonces vigente—, 121 a 123 LEF y 133 a 138 REF). Sin embargo, para ello hubiera sido preciso que el hoy apelante, articulando adecuadamente dicha reclamación, hubiera acreditado la existencia de una lesión o detrimento individualizado, económicamente evaluable y antijurídico, por no tener el recurrente el deber de soportar, que fuera consecuencia directa de la revocación de la licencia de vado. En efecto, aunque en primera y en segunda instancia hay una solicitud de que “se declare el derecho a las indemnizaciones correspondientes cuya cuantificación deberá efectuarse en ejecución de sentencia”, no es posible entender cumplida tal exigencia con la referida remisión, puesto que, como ha señalado la jurisprudencia de esta Sala al interpretar el artículo 84.c) LJCA, es necesario, al menos, acreditar en el proceso antes de sentencia la causación de los daños con los mencionados requisitos, pudiendo quedar deferido a dicho período de ejecución sólo la determinación de la cuantía con arreglo a los criterios o bases que hayan podido señalarse en la propia sentencia, y en el presente caso ni siquiera se interesa el recibimiento a prueba para acreditar los extremos antes referidos, especialmente necesario cuando se observa que el actor y apelante, en el recurso administrativo de alzada, se refiere al destino del vado para un uso comercial, mientras que la licencia, según el expediente administrativo, se otorga para “garaje vivienda particular”, y de ser éste el auténtico destino del vado, de existir algún perjuicio no derivaría tanto de la revocación de la licencia de vado, carente en sí de objeto por la conversión de la plaza en peatonal, cuanto de esta misma conversión, y ello sólo en el su-

puesto de que hubiera comportado una prohibición de acceso que incluyera a los vehículos de los residentes y que impidiese no la utilización del vado, ya inútil, sino la del propio garaje particular.

Por las razones expuestas procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia impugnada, aunque por argumentos no plenamente coincidentes con los del Tribunal de primera instancia. Todo ello sin hacer una especial declaración sobre las costas, conforme al artículo 131 LJCA.» (*Sentencia de 19 de julio de 1996, Sala 3.ª, Sección 4.ª, Ar. 6219.*)

C) *Suspensión. Sentencia de casación en interés de la ley. Los gastos ocasionados para constituir el aval necesario para obtener la suspensión del acto recurrido pueden ser una lesión resarcible si el acto es anulado, a menos que lo sea por cuestiones ajenas a la conducta infractora que motivó la sanción.*

«La Junta de Andalucía interpone recurso de casación en interés de la Ley contra la Sentencia de 28 mayo 1993, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que tras anular una sanción de ciento cincuenta mil pesetas impuestas a una empresa por infracción del artículo 20.2 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por OM 9 marzo 1971, condena a la Administración aquí recurrente, y éste es el pronunciamiento a que se circunscribe el presente recurso, a que indemnice a la empresa actora por los gastos de constitución y mantenimiento del aval presentado para obtener la suspensión del acto recurrido.

Hay que puntualizar que constan cumplidos los presupuestos legales que hacen formalmente viable este recurso, es decir, su interposición en el plazo establecido por el artículo 102.b).3 de la LRJCA, legitimación de la Administración recurrente —art. 102.b).1 LRJCA—, al estar atribuida a la Junta de Andalucía la gestión del interés general implicado en el proceso, inimpugnabilidad de la sentencia recurrida por la vía del recurso de casación en virtud de la cuantía litigiosa —art. 93.2.b) LRJCA— y fundamentación de aquélla en normas dictadas por el Estado —art. 102.b).2 LRJCA— cuando, como aquí ocurre, la sentencia se ha pronunciado respecto a actos emanados de una Comunidad Autónoma.

Precisado esto, y habida cuenta de que esta modalidad singular del recurso de casación se caracteriza porque su única finalidad es poner coto a resoluciones judiciales reputadamente erróneas, impidiendo que puedan llegar a consolidarse por su reiteración ante casos iguales o semejantes, lo primero que hay que dilucidar es si el pronunciamiento puesto en entredicho por la Junta de Andalucía es susceptible de trascender, con efectos de futuro, al caso definitivamente resuelto, con fuerza de cosa juzgada, por la sentencia recurrida, pues en esto consiste, en esencia, el grave daño para el interés general, a que se refiere el artículo 102.b).1 de la LRJCA.

No parece que se pueda poner en duda tal posibilidad. La frecuencia de casos similares en los que puede plantearse la responsabilidad patrimonial de la Administración por los gastos de financiación de avales bancarios constituidos para obtener la suspensión de sanciones pecuniarias, luego de ser anuladas en vía jurisdiccional, junto a la potencial reiteración por la Sala de Sevilla de la decisión adoptada, con el consiguiente quebranto para la Hacienda de la Comunidad Autónoma, permiten afirmar que se cumple en este recurso el requisito primario que singulariza a la casación en interés de la Ley a que antes se ha hecho mención, y que da paso al examen de la conformidad o disconformidad a derecho del pronunciamiento resarcitorio recurrido, a los solos efectos de formar jurisprudencia.

La sentencia recurrida, apoyándose en las de este Tribunal de 3 abril y 13 octu-

bre 1990 (RJ 1990, 2774 y 8108) —también en la de 2 febrero 1988 (RJ 1988, 645)—, que anularon sendas liquidaciones tributarias cuya ejecución había sido previamente suspendida mediante la presentación de avales, acoge como fundamento del pronunciamiento objeto de este recurso la siguiente doctrina, mera transcripción de un pasaje de aquéllas idéntico en ambas, concretamente, que “si bien es cierto que la simple declaración de nulidad de un acto administrativo no presupone ni genera inexorablemente un derecho a la indemnización, por surgir ésta de la existencia de un daño o lesión patrimonial sufrido por el particular como consecuencia del actuar de la Administración, no lo es menos que, si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación resulta ilegal, la imputación del daño a la Administración puede resultar obligada”.

La Junta de Andalucía, por su parte, tacha de errónea la solución a que llega la sentencia recurrida en virtud de una doble argumentación que resumida es la siguiente:

a) Para que se pueda hablar de lesión indemnizable es necesaria la existencia de un daño antijurídico, de un daño que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar por la ausencia de una causa de justificación que lo justifique. Aunque, en principio, los gastos de constitución y mantenimiento del aval prestado para obtener la suspensión decretada por la Sala suponen un detrimento en el patrimonio de la recurrente, tal daño tiene su origen en un título legítimo, el artículo 124 de la LRJCA, por lo que aquélla viene obligada a soportar el coste del aval, con independencia del contenido estimatorio o desestimatorio del fallo.

b) No existe nexo causal entre el daño invocado y el acto administrativo anulado, ya que la suspensión se instó postestativamente por la propia recurrente y fue decretada por el órgano jurisdiccional, luego ha sido una actuación posterior a dicho acto y ajena al ámbito del giro o tráfico propio de la Administración demandada la causante del daño patrimonial invocado.

Sobre la base de tales razonamientos se postula en la súplica del escrito de formalización del recurso que se fije, como doctrina legal, “que la mera declaración por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo de nulidad del acto administrativo impugnado no genera la responsabilidad de la Administración autora del mismo, por los gastos de constitución y mantenimiento del aval prestado por el recurrente para la obtención durante la tramitación del recurso, de la suspensión de la ejecutividad de aquél”, doctrina que en sus términos literales no se corresponde con la argumentación desplegada por la Junta de Andalucía, ya que lo que se desprende de ésta no es que la “mera” declaración de nulidad del acto administrativo impugnado no genera la aludida responsabilidad, sino que tal declaración en ningún caso obliga a la Administración a soportar el coste del aval aportado al proceso por el recurrente.

Para resolver la discrepancia hay que traer a colación el artículo 40.2 de la LRJAE, en vigor cuando se dedujo la pretensión indemnizatoria, que establecía —y en parecidos términos se expresa el art. 142.4 de la Ley 30/1992— que “la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas, no presupone derecho a indemnización”. Este precepto, rectamente entendido, ni excluye la responsabilidad de la Administración en caso de acto ilegal, ni permite afirmar que cualquier ilegalidad, aun supuesta la concurrencia de un perjuicio, comporte responsabilidad. Para que se pueda desencadenar la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de un acto declarado nulo o anulado en vía administrativa o contencioso-administrativa, en el marco que definen los artículos 106.2 de la CE y 40.1 de la LRJAE, hoy artículo 139.1 de la Ley 30/1992, no basta la mera producción de un perjuicio sin más, sino que es preciso, en lo que aquí importa, la existencia de una “lesión resarcible”, de un daño que el particular afectado no tenga el deber jurídico de soportar, como de modo general, para todos los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, ha

venido a puntualizar el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 y ya había patrocinado con anterioridad la jurisprudencia.

Desde luego que los particulares tienen el deber de soportar los daños legítimos derivados de la actuación administrativa, mas el título que invoca la Junta de Galicia, el artículo 124 de la LRJAE, no permite sostener que "con independencia de cuál sea el contenido estimatorio o desestimatorio del fallo de la sentencia que ponga fin al recurso" la actora venía obligada a soportar los daños originados por la prestación del aval exigido por la Sala para obtener la suspensión de la sanción pecuniaria que le había sido impuesta, porque cuando así se arguye se olvida que la ejecutividad de los actos administrativos, y la normal exigencia de una caución para obtener, en su caso, la suspensión de la eficacia inmediata de aquéllos, encuentran su principal fundamento en la presunción *iuris tantum* de validez de los mismos (art. 45 de la LPA, hoy art. 57.1 de la Ley 30/1992), que puede desvirtuarse en vía administrativa o contencioso-administrativa, como ha ocurrido en el caso litigioso.

En otras palabras, que el coste de un aval constituido para enervar, en lo que aquí interesa, la ejecutividad de una sanción pecuniaria puede dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración cuando, como en el caso que nos ocupa, el acto sancionador ha sido anulado por una decisión judicial. Pero a renglón seguido hay que afirmar que la anulación es condición necesaria pero no suficiente para que tal responsabilidad se produzca, pues como se dijo antes, a propósito del alcance del artículo 40.2 de la LRJAE, no basta la mera concurrencia de un detrimento patrimonial sino que es preciso que éste revista los caracteres de un daño que el particular afectado no tenga el deber jurídico de soportar. En definitiva, que la clave está en la existencia de una "lesión resarcible", no en el artículo 124 de la LRJCA, punto sobre el que se volverá después.

Y tampoco podemos compartir el argumento de que no existe nexo causal entre el perjuicio invocado y el acto administrativo anulado. Que la suspensión se instara por la recurrente y que la resolución judicial que la decretó impusiera a aquélla la carga de prestar una caución, en modo alguno permite sostener que ha sido un factor extraño al ámbito propio de la actuación administrativa el causante del daño patrimonial invocado, pues es evidente que sin la previa imposición de la sanción no se habría producido la solicitud de suspensión, ni habría sido necesaria la exigencia de aval alguno. Por otro lado, ni la petición de suspensión y consiguiente presentación del aval para hacerla efectiva responden a una opción libre de la recurrente, constreñida en otro caso a soportar la ejecución del acto recurrido, ni la preceptiva intervención del órgano jurisdiccional es significativa al respecto.

Téngase en cuenta, además, que la dicción legal no habla de causalidad, que lo único que exige es que la lesión sea "consecuencia" del funcionamiento del servicio público (art. 40.1 LRJAE, hoy art. 139.1 Ley 30/1992), expresión más amplia que aquélla y que permite sostener que el coste del aval presentado es "consecuencia" del actuar de la Administración. Cuestión distinta, que se pasa seguidamente a examinar, es si ese coste debe correr a cargo de la Administración por tratarse de una lesión indemnizable.

Con arreglo a la fórmula del artículo 40.2 de la LRJAE, la simple anulación de un acto administrativo no comporta automática y necesariamente el derecho del particular a ser indemnizado. Todo depende, como ya se ha visto, de que el detrimento patrimonial sufrido provenga de un daño que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar. Pues bien, ciñéndonos, como es obligado, a aquellos supuestos que reúnan las características del caso enjuiciado, existirá "lesión resarcible", por el coste del aval constituido para obtener la suspensión de una resolución sancionadora, si la anulación de ésta trasciende a la ilicitud de la conducta infractora apreciada inicialmente por la Administración, de suerte que resulte que el particular actuó lícitamente, no en cambio, por lo general, cuando la anulación de la sanción sea por completo ajena a la infracción cometida, pues en tal caso, y en tanto no se produjo aquélla, pesaba sobre el infractor el deber jurídico de soportar los efectos normales del principio de ejecutividad de los actos administrativos (art. 44 LPA, hoy art. 56

Ley 30/1992), entre ellos, los gastos de constitución y mantenimiento del aval prestado para conseguir la suspensión del acto sancionador, sólo posteriormente anulado por unos motivos que dejan incólume la infracción cometida. Por lo demás, así lo exige el principio de solidaridad que está en la base del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que difícilmente una conducta infractora podría merecer una contraprestación indemnizatoria a cargo de toda la colectividad.

El pronunciamiento resarcitorio recurrido no puede, por tanto, enjuiciarse, y de eso se trata [art. 102.b).1, *in fine*, LJCA], sin traer a colación las razones jurídicas que movieron a la Sala sentenciadora a anular la resolución recurrida, cualquiera que fuere el alcance de la doctrina contenida en el fundamento segundo de la sentencia dictada por la Sala de Sevilla, difícil de precisar por su genericidad y ausencia de proyección sobre el pronunciamiento anulatorio previo, y que en último término deberá entenderse matizada por todo lo que se ha dicho con anterioridad.

La indicada sentencia anula la resolución recurrida en virtud de unas consideraciones que pueden resumirse así: en primer lugar, siguiendo el orden de exposición, porque los hechos que dieron lugar al expediente sancionador, en ningún momento discutidos, no son subsumibles en el artículo 20.2 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que fue el precepto sustantivo tomado en cuenta por la Administración, y a modo de conclusión, porque, "cuando menos", la actuación de la actora está fundada en una interpretación razonable de aquel precepto, que excluye "toda idea de culpa y, en consecuencia, de acuerdo con el principio de culpabilidad, la existencia misma de una infracción".

Por consiguiente, basándose en la anulación de la resolución sancionadora en la inexistencia de la infracción apreciada por la Administración, que elimina cualquier sombra de duda acerca de la licitud de la conducta observada por la recurrente, el pronunciamiento indemnizatorio objeto de este recurso mal puede tacharse de erróneo, lo que conduce a la desestimación del presente recurso.» (*Sentencia de 17 de mayo de 1996, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 5292.*)

III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Discrecionalidad. Obligación de motivar. Anulación del acto e imposición a la Administración de la obligación de conceder la licencia solicitada. No hay sustitución en una decisión propia de la Administración. Satisfacción de la pretensión del recurrente.

«No acierta esta Sala a encontrar dónde está la infracción, que denuncia el Abogado del Estado, de la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad de la Administración en la concesión de permisos de armas, idéntica, por otra parte, a la que esta misma Sala ha establecido sobre el uso de potestades discrecionales por la Administración en cualquier otra materia, según la cual la discrecionalidad obliga a razonar y motivar la decisión adoptada de forma suficiente (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 octubre 1981 [RJ 1981, 3673], 15 junio y 13 julio 1984 [RJ 1984, 3384 y 4673], 9 diciembre 1986 [RJ 1987, 1027], 26 enero 1987 [RJ 1987, 1991] y 7 febrero 1987 [RJ 1987, 2908]) y, en consecuencia, el defecto de motivación de la resolución administrativa denegatoria de la licencia de armas, que muy clara y expresivamente señala la sentencia apelada, es causa de la anulación de aquélla, por lo que, al haberlo así declarado no ha infringido la doctrina jurisprudencial al respecto, sino que, antes bien, la ha aplicado estrictamente.

Es cierto que la Sala de primera instancia no se ha limitado a anular la resolución denegatoria de la licencia de armas para que la Administración decida de nuevo motivadamente, sino que, al considerar que concurren circunstancias determi-

nantes de su concesión, ordena que se expida aquélla. Esta decisión es también ajustada a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo porque, aunque una norma atribuya una potestad discrecional a la Administración, ésta viene obligada a una valoración correcta de los hechos determinantes o presupuestos que condicionan su actuación (Sentencias 22 febrero 1984 [RJ 1984, 6186], 1 diciembre 1986 y 15 diciembre 1986 [RJ 1987, 1139]), y el Tribunal *a quo* no ha sustituido a la Administración en la valoración de las circunstancias concurrentes que justificarían la concesión o denegación de la licencia de armas, sino que ha constatado la existencia y permanencia de los mismos hechos que, previamente, llevaron a la Administración a conceder al solicitante, bajo idéntico régimen normativo, autorización para portar armas, cual son el ejercicio, debidamente autorizado también, de funciones de seguridad con el reconocimiento implícito de la idoneidad para el uso de armas, y, en consecuencia, por los mismos motivos que determinaron a la Administración a otorgar anteriormente la licencia de armas, los cuales no han cambiado, ordena que se expida la que es objeto de este pleito, dando así satisfacción a la pretensión formulada en la demanda al amparo de lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La razonada y exhaustiva fundamentación de la sentencia apelada, acorde en todo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo en orden a la necesidad de motivación de las resoluciones administrativas basadas en el uso de potestades discrecionales y más en concreto en materia de licencia de armas, suficientemente conocida por la Administración apelante, obligan a estimar su actuación, al interponer el presente recurso de apelación, como temeraria y, en consecuencia, acreedora de la imposición de costas, según ha declarado este Tribunal, entre otras, en Sentencias 7 noviembre 1984 (RJ 1984, 5396), 8 y 23 febrero 1988 (RJ 1988, 789 y 932), al interpretar y aplicar el precepto contenido en el artículo 131.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.» (*Sentencia de 12 de julio de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 5534.*)

IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) *Impugnación de actos del Estado o de la Comunidad Autónoma que afecten a la autonomía del ente local. Interpretación del artículo 63.2 de la LBRL de conformidad con el artículo 28 de la LJCA y el artículo 24 de la CE.*

«La cuestión planteada por la Diputación Provincial de Barcelona en su escrito de reposición consistía en que no estimaba procedente la adjudicación del tramo Rubí-Tarrasa como ampliación de la autopista Tarrasa-Manresa, por no concurrir los supuestos y circunstancias previstas en el art. 25 de la Ley 8/1972, de 10 mayo, y en la cláusula 103 del Pliego de Condiciones Generales aprobado por el Decreto 215/1973, de 25 enero, y entendiendo que debía adjudicarse, por tanto, mediante licitación pública. Y el Consejo Ejecutivo denegó la admisión del recurso por falta de legitimación de la Diputación Provincial, por carecer su Presidente de capacidad para interponerlo sin acuerdo previo y por dirigirse contra un acto de trámite, la resolución del Conseller de Política Territorial y Obras Públicas disponiendo la publicación del convenio, y no contra los acuerdos que decidieron su otorgamiento.

Planteado el actual litigio, en los escritos de contestación se reiteraron las alegaciones de inadmisibilidad y la sentencia de instancia acogió la primera que sometió a examen, la relativa a la falta de legitimación de la Corporación recurrente, que es objeto del único motivo de casación expuesto ahora, fundado en el párrafo 1.4 del artículo 95 de la Ley Jurisdiccional y citando como *infringidos* el 28 de la misma Ley, el 36 y 63 de la Ley de Bases de Régimen Local y la jurisprudencia que los interpreta.

Para concluir la falta de legitimación de la Diputación demandante la sentencia de instancia atiende sólo al artículo 63, párrafo 2, de la Ley de Bases de Régimen Local, que atribuye legitimación a las Corporaciones Locales, efectivamente, para impugnar "los actos y disposiciones de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas que lesionen su autonomía", sin duda como reconocimiento expreso de su entidad constitucional; y no parece razonable estimar, a pesar del esfuerzo de la representación demandante, que la ampliación de la autopista en litigio, aun cuando no fuera legal, pueda además lesionar la autonomía de la Diputación de Barcelona.

Ahora bien, la regla del artículo 63 antes citado, que supone una legitimación *ex lege* en cuestiones que afecten a la autonomía local, devendría en un precepto finalmente restrictivo si después no se reconoce a las Corporaciones la legitimación del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional y del 24 de la Constitución, cuando sean titulares de intereses legítimos, para impugnar los demás actos y disposiciones de las otras Administraciones Públicas, que es lo que comporta en definitiva el criterio de la sentencia de instancia.

Y en el actual supuesto no resulta fácil aceptar que la Diputación ostente sólo un interés abstracto por la legalidad, habiendo informado en el expediente tramitado por la Generalitat para aprobación del tramo Rubí-Tarrasa y dada la inevitable correlación entre las redes de carreteras a cargo de una y otra Administración. Por ello, y atendiendo además al principio en favor de la acción, que trasciende además de los intereses propios litigantes, dado el alcance subjetivo de la cosa juzgada en lo contencioso-administrativo, entiende este Tribunal que debe darse lugar al recurso de casación y continuar el examen de las cuestiones litigiosas en el punto en que las dejó la sentencia de instancia.» (Sentencia de 5 de febrero de 1996, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 6117.)

B) Impugnación de acuerdos locales. Requerimiento previsto en el artículo 65 de la LBRL. El plazo de quince días para formular el requerimiento no puede quedar a disposición de la Administración que pretende impugnar. No cabe entender que en supuestos de nulidad de pleno derecho no existe plazo. El plazo es improrrogable.

«La sentencia de instancia, aunque en su parte dispositiva dijo desestimar el recurso contencioso-administrativo, en realidad lo declaró inadmisibile, pues, tal como razona en su cuarto fundamento de derecho en relación con el segundo, concluyó que el requerimiento hecho al Ayuntamiento de Jávea por la Generalidad Valenciana en 12 de julio de 1989, a fin de que anularse los acuerdos referidos, estaba fuera del plazo de quince días hábiles establecidos en el párrafo 2 del artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 abril.

Y así es, en efecto, y ello ha de conducir a la desestimación del recurso de apelación y a la consiguiente confirmación de la sentencia impugnada.

El artículo 65.2 de la citada Ley dispone que el requerimiento ha de formularse en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la Comunicación del acuerdo (lo que repite el art. 215.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre). Pues bien; aunque sabemos que la comunicación salió del Ayuntamiento de Jávea el día 21 de abril de 1989 (certificación del Secretario General de fecha 18 de junio de 1990), no sabemos cuándo tuvo entrada en la Generalidad Valenciana (aunque la Corporación Municipal pidió prueba para averiguarlo, que no se practicó). Pero sí se sabe que al menos en fecha 21 de junio de 1989 los Servicios de la Generalidad tenían conocimiento de los acuerdos, porque en esa fecha la Comisión Territorial de Urbanismo de Alicante acordó instar a la Consejería

de Administración Pública a fin de que requiriera al Ayuntamiento de Jàvea para que anulara dichos acuerdos, pese a lo cual no fue hasta el 12 de julio de 1989 cuando en efecto se hizo el requerimiento (que, por si ello fuera poco, no tuvo entrada en el Ayuntamiento hasta el día 21 de julio de 1989). Así que desde el día 21 de junio de 1989 hasta el 12 de julio de 1989 pasaron más de los quince días hábiles a que se refieren los preceptos antes citados. (Ello sin entrar en el estudio, porque no es necesario en este caso, de los efectos derivados del hecho de que el requerimiento no tuvo entrada en el Ayuntamiento de Jàvea hasta el día 24 de julio de 1989).

Así que el requerimiento se hizo fuera de plazo, y en puridad la Generalidad actora no lo discute, y por todo ello debe confirmarse la sentencia recurrida.

En lo que sí insiste la Generalidad de Valencia es en el argumento de que como los acuerdos del Ayuntamiento de Jàvea son, en su opinión, nulos de pleno derecho, no rige plazo alguno para formular el requerimiento a que se refiere el artículo 65 de la Ley 7/1985. Pero, desde luego, las cosas no son así. Este precepto, cuando establece que el requerimiento se hará en el plazo de quince días hábiles, no permite excepción alguna en razón de la gravedad de la infracción del ordenamiento jurídico que se denuncia, y no hay términos hábiles para concluir que, en determinados casos, el plazo de quince días previsto en la norma se pueda convertir en la no imposición de plazo alguno. Como puede comprenderse, esa conclusión tan grave no puede aceptarse sin una previsión legal, que, desde luego, no existe.

Porque, a pesar de lo dicho por la Generalidad actora, no fue una acción de nulidad la que ejercitó mediante el requerimiento, sino una pretensión al amparo del artículo 65 de la Ley 7/1985, que no es una acción de nulidad. Así lo ha entendido correctamente el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, que en su artículo 215.3 dispone que, a la vista del requerimiento, la Corporación Local podrá, previa audiencia de los interesados (y sin más trámites), anular el acto o acuerdo. Es decir, que el requerimiento funciona como un recurso de reposición. La acción de nulidad es otra cosa. Y así lo dice, también correctamente, el Reglamento citado, cuyo artículo 218 dispone que "sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 abril, los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos en los términos y con el alcance que se establece en la Legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común", lo que significa una remisión a procedimientos que exigen, en según qué casos, dictamen favorable del Consejo de Estado (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958).

Se ve claramente, por lo tanto, que la Generalidad Valenciana no solicitó al Ayuntamiento de Jàvea que iniciara uno de esos procedimientos de revisión de oficio, sino que hizo otra cosa disintia, a saber, acudir al requerimiento que prevé el artículo 65 de la Ley 7/1985, lo que significa un camino más simple y más rápido, pero sometido entonces a un plazo estricto de quince días, que no permite excepción alguna.» (*Sentencia de 18 de julio de 1996, Sala 3.ª, Sección 5.ª, Ar. 6197.*)

V. COLEGIOS PROFESIONALES

La baja colegial por impago de cuotas, establecida en los Estatutos del Colegio, no tiene carácter sancionador ni significa una desviación o desproporción con la finalidad perseguida.

«Constituye el objeto del presente recurso de apelación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 15 octubre 1990, dictada en recurso contencioso 503/1988, por la que se estima

en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el señor C. C. declarando la nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona de 21 enero 1988, desestimando las restantes pretensiones.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación tanto por el señor C. C. como por el Colegio de Abogados de Barcelona, por lo que se hace preciso examinar por separado los argumentos de cada uno de los recurrentes.

En relación con los argumentos vertidos en el recurso de apelación interpuesto por el señor C. C., la primera cuestión que el recurrente en apelación plantea ha sido ya reiteradamente resuelta por esta Sala y Sección, así Sentencia de 29 febrero 1996 y las que en ella se citan en el sentido de que no puede prosperar la pretensión de nulidad de la resolución objeto de recurso contencioso, Acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona de 21 enero 1988 por el que se acuerda la baja del recurrente en vía contencioso-administrativa por impago de las cuotas colegiales, que el recurrente fundamenta en base al artículo 133 en relación con el 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que, como dice la sentencia antes citada, la baja colegial por impago de cuotas no supone una medida coercitiva ni sancionadora para la que sea preciso la incoación de un expediente disciplinario o sancionador, sin que por otra parte se haya generado indefensión dado que al hoy recurrente se le notificó por correo certificado con acuse de recibo la situación de impago, recordándole la obligación de pago de las cuotas, sin que el hoy recurrente diese respuesta alguna, razón ésta que hace desaparecer toda posibilidad de indefensión incluso en vía administrativa ya que el hoy recurrente tuvo oportunidad de alegar cuanto a su derecho hubiera convenido al cumplimentar el trámite referido. La exigencia de expediente sancionador, al amparo del artículo 133 de la Ley de Procedimiento Administrativo que invoca el señor C. C., para la adopción del acuerdo de darle de baja en el Colegio de Abogados supone la previa calificación de dicha medida como sanción, calificación absolutamente improcedente por constituir la medida en cuestión consecuencia de desaparecer la razón sustentadora del derecho del colegiado a actuar como tal, pues el incumplimiento de la obligación del pago de cuotas constituye la ausencia de un presupuesto indispensable para que la actuación profesional resulte legítima, con la consecuencia de causar baja en el Colegio cuando deje de cumplirse, artículos 15 y 16 del Estatuto del Colegio de Abogados de Barcelona, artículo 17 del Decreto 329/1983 del Consell Executiu de la Generalitat de Catalunya y artículos 25 y 46 del Estatuto General de la Abogacía, razón ésta que impide asimilar tal supuesto a una simple falta. Ello es así por cuanto uno de los deberes primordiales del Abogado, en relación con el Colegio y con los demás colegiados, tal como se deriva de los preceptos citados, es estar al corriente de sus cuotas colegiales así como soportar las contribuciones económicas a que la profesión se halle sujeta, levantando las cargas comunes en la forma y tiempo que legal y estatutariamente se fijen, cualquiera que sea su naturaleza, obligaciones que constituyen el presupuesto necesario para el ejercicio de la profesión. La consecuencia del impago de cuotas es la pérdida de la condición de colegiado, por imperativo de los preceptos citados, efecto que no tiene carácter sancionador, sino que se limita a determinar el alcance y consecuencias de no atender el Abogado a sus obligaciones en relación con el Colegio y los demás colegiados.

En lo que al fondo de la cuestión se refiere es absolutamente necesario precisar desde este momento la imposibilidad de que este recurso de apelación pueda prosperar en cuanto a las pretensiones formuladas por el recurrente en lo que a la constitucionalidad de la Ley 13/1982, de 17 diciembre, del Parlamento de Cataluña se refiere, ya que ello excede de la competencia de esta jurisdicción contencioso-administrativa que viene limitada, según el artículo primero de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, al conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a Ley, quedando limitadas las competencias de los órganos judiciales en relación con la posible inconstitucionalidad de las Leyes a plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Cons-

titudinal conforme a lo prevenido en el artículo 163 de la Constitución, lo que resulta imprescindible poner de relieve puesto que si bien el recurrente en el fundamento jurídico III.A.b) de la demanda se refiere al artículo 163 de la Constitución, no lo es menos que tanto en el suplico de ésta como en el de su escrito de alegaciones en trámite de apelación solicita el pronunciamiento de este Tribunal y de la Sala de instancia sobre la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley 13/1982 del Parlamento de Cataluña.

Sentado lo anterior y centrándonos en el análisis de las restantes cuestiones planteadas por el recurrente, sin perjuicio de lo recogido en el fundamento jurídico II de la sentencia de instancia que asumimos íntegramente en lo que al artículo 36 de la Constitución y la interpretación que del mismo hacen las sentencias de este Tribunal que se citan se refiere, hemos de señalar, como ya lo hace la sentencia objeto de recurso, a la que en ningún momento se tacha de incongruente como fundamento de la apelación, al resolver, en contra de lo que afirma el recurrente, las cuestiones que en la demanda se plantean, que no existe duda sobre la constitucionalidad formal de la Ley del Parlamento catalán 13/1982 por cuanto el artículo 9.23 del Estatuto de Cataluña otorga a la Generalidad competencia exclusiva en materia de Colegios Profesionales y ejercicio de profesiones tituladas, por lo que en modo alguno puede sostenerse, como con manifiesto error lo hace el recurrente, que tal norma contravenga las previsiones del Estatuto de Autonomía de Cataluña, como también resulta incomprensible la referencia que se efectúa a la LOAPA, sin argumentación alguna, y más concretamente a su artículo 21.2 cuando, como es bien sabido, la LOAPA como tal tan sólo fue un proyecto de Ley recurrido por la vía de recurso previo de inconstitucionalidad, sin que por otra parte el artículo 21.2 de la Ley del Proceso Autonómico 12/1983, de 14 octubre, a la que pudiera referirse el recurrente, tenga relación alguna con la cuestión que nos ocupa.

El recurrente señor C. C., sostiene, igualmente en su escrito de alegaciones, la inconstitucionalidad formal de los artículos 11 y 5.k) de la Ley 13/1982 del Parlamento catalán, para lo que parece remitirse a lo dicho, por cierto sin argumentación alguna, en su escrito de demanda y en ésta si bien se alega la inconstitucionalidad de tales preceptos se hace por supuesta infracción de los artículos 31 y 163 de la Constitución.

Sin perjuicio de dar por reproducidos los argumentos de la sentencia de primera instancia sobre la constitucionalidad de tales preceptos, hemos de señalar que el artículo 163 de la Constitución, en cuanto proclama en su párrafo 1.º la competencia de los Tribunales para plantear cuestión de inconstitucionalidad de una Ley en modo alguno puede servir de fundamento a la hipotética inconstitucionalidad de unas normas que proclaman las funciones de los Colegios Profesionales y las materias que han de ser reguladas en sus estatutos.

Tampoco el artículo 31 de la Constitución puede servir de base para plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con los preceptos en cuestión de la Ley 13/1982 del Parlamento catalán, ya que en dichos preceptos se hace referencia al sistema tributario y a su carácter no confiscatorio, sin que las cuotas de los Colegios Profesionales puedan en modo alguno incardinarse en el sistema tributario ya que no están incluidas en ninguno de los tipos de tributos comprendidos en el artículo 26 de la Ley General Tributaria.

Igualmente insostenible resulta la afirmación del recurrente de inconstitucionalidad del Estatuto del Colegio de Abogados de Barcelona, en base a los artículos 106 y 31 de la Constitución, por cuanto el artículo 106 se limita en su apartado primero a afirmar la competencia de los Tribunales para el control de legalidad y constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias y en su párrafo segundo a afirmar el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuestiones ambas ajenas en absoluto a las reguladas en el Estatuto de referencia.

Tampoco puede hablarse de inconstitucionalidad por infracción del artículo 31 de nuestra carta magna, ya que en el mismo no se establece carga alguna sólo exigible por Ley Orgánica, ya hemos dicho que las cuotas colegiales no están comprendi-

das en el concepto de tributo en su triple acepción de casos, contribuciones especiales e impuestos, pero es que tampoco éstos están reservados a Ley Orgánica, así Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 julio 1983 (RTC 1983, 72), y de otra parte la que hace el artículo 31.3 de la Ley de la Constitución no es sino la exigencia de que se ordenen por Ley los criterios o principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria y concretamente la creación *ex novo* del tributo y la determinación de los elementos esenciales y configuradores del mismo, y nada de ello se efectúa en el Estatuto en cuestión.

Continúa el recurrente en su escrito de alegaciones, al referirse al fundamento tercero de la sentencia apelada, insistiendo en la inconstitucionalidad del Estatuto del Colegio de Abogados de Barcelona, afirmando que la sentencia de instancia no agota la argumentación del recurrente en la demanda, lo que resulta sorprendente cuando el escrito de demanda se limita a afirmar la infracción de una serie de preceptos sin que se efectúe argumentación lógico-jurídica alguna para sustentar tales afirmaciones, desde luego en ningún momento en el escrito de demanda se sostiene de manera específica que la inconstitucionalidad del Estatuto del Colegio de Abogados de Barcelona surja por el carácter confiscatorio de su artículo 16. El hoy recurrente sostiene en su escrito de demanda en relación con la inconstitucionalidad material del citado Estatuto la infracción de los artículos 106 y 31 de la Constitución, ya analizados en el fundamento anterior aun cuando debamos señalar que el artículo 31 de la Constitución establece que el sistema tributario en ningún caso tendrá alcance confiscatorio, por lo que cabe añadir a lo antes dicho, que el carácter confiscatorio de los tributos viene determinado por su cuantía en relación con la capacidad económica del sujeto pasivo, es decir, que un tributo es confiscatorio cuando para hacerlo efectivo el sujeto pasivo se ve obligado a disponer de parte de su patrimonio, o dicho de otro modo cuando el Estado toma por vía coactiva para sí parte de patrimonio del administrado sin compensación directa.

En el caso que nos ocupa, amén de no hallarnos ante clase alguna de tributo, resulta escandaloso sostener que una cuota colegial de 3.000 ptas. mensuales resulta confiscatoria.

No puede tampoco sostenerse, como hace el recurrente en el inciso cuarto de su escrito de alegaciones, referido sin duda al apartado III.B.a) de su escrito de demanda, que el establecer una única cuota para todos los colegiados, con independencia de su específica actividad, infringe los artículos 31.1 y 14 de la Constitución.

Ya hemos dicho, y resulta innecesario reiterarlo, que el artículo 31 de la Constitución es ajeno a la cuestión del caso de autos ya que no estamos en presencia de tributo de clase alguna.

Por lo que al principio de igualdad se refiere hemos de recordar, como lo hace la sentencia de esta Sala y Sección de 29 febrero 1996, que la reiterada doctrina constitucional sentada en relación al principio de igualdad conforme a la cual la igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional proclamada por las Sentencias de 20 febrero 1984 (RTC 1984, 23), 29 noviembre 1985 (RTC 1985, 162), 11 marzo 1987 (RTC 1987, 30) y 10 febrero 1988 (RTC 1988, 15). Como ha dicho con reiteración el Tribunal Constitucional el artículo 14 de la Constitución al consagrar el principio llamado de "igualdad ante la Ley", ha impuesto un límite a la potestad del legislador y ha otorgado un derecho subjetivo a los ciudadanos en los términos expresados por la propia doctrina de dicho Tribunal, en multitud de Sentencias, tales como la de 5 agosto 1983 (RTC 1983, 76) y 22 noviembre del mismo año (RTC 1983, 103). Consiste el primero en que las normas legales no creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias —lo cual no ocurre cuando se regulan los derechos y deberes que ostentan los colegiados en una determinada actividad profesional, quienes para poder llevar a cabo dicha actividad vienen obligados al cumplimiento de determinadas cargas corporativas y fiscales que no afec-

tan para nada al principio de igualdad—. La mera exigencia de pagar unas cuotas para formar parte de una corporación no tiene ninguna relación con el principio de igualdad ante la Ley ya que dichas cuotas se exigen a los que reúnen determinados requisitos objetivos, que en este caso vienen obligados también al pago de cargas fiscales, ajenos a los posibles criterios de discriminación que recoge el artículo 14 de la Constitución.

Finalmente hemos de señalar que tampoco puede sostenerse que haya habido infracción del artículo 25 de la Constitución, ya que no estamos ante una sanción como queda sobradamente razonado en el fundamento jurídico segundo antes expuesto.

Todo lo hasta aquí dicho nos ha de conducir necesariamente a la desestimación del recurso de apelación interpuesto por representación procesal del señor C. C.» (*Sentencia de 17 de mayo de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 4403.*)

VI. LIBERTADES PÚBLICAS

A) *Derecho a la educación.*

1. *Libre elección de centro docente. No es un derecho absoluto y debe integrarse con la delimitación de las áreas de influencia y la adopción de criterios de selección y preferencia.*

«La sentencia recurrida ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Julián C. G. contra la Resolución de la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia de Palencia de 5 agosto 1993 que, estimando parcialmente la impugnación del procedimiento de admisión de alumnos en el Colegio San José, suprimió los cinco puntos asignados a la hija del recurrente por razón de domicilio, al hallarse éste "fuera del área de influencia del Centro de acuerdo con el mapa escolar que obra en poder de este Centro".

Alegó el recurrente en la instancia vulneración del artículo 27.1 y 5 de la Constitución, por entender infringidos los derechos a la educación, a la elección de Centro y el de participación efectiva de todos los sectores afectados, vulneraciones que el Tribunal de instancia rechaza partiendo para ello de la doctrina sentada en la Sentencia de este Alto Tribunal de 29 marzo 1993 (RJ 1993, 2260), según la cual "en líneas generales puede aceptarse que el derecho de los padres o tutores a elegir centro de enseñanza para sus hijos o pupilos constituye un ingrediente 'habitual' del derecho fundamental a la educación, pero cuando choca con las conveniencias didácticas el ejercicio de ese derecho sólo puede ser satisfecho como manifestación de preferencia que debe ser satisfecha siempre que sea posible. Una vez fijados legal o reglamentariamente los límites de lo que hemos llamado conveniencias didácticas no cabe amparar un derecho absoluto de elección de centro que traspase tales límites razonadamente establecidos", doctrina que la sentencia impugnada aplica al caso debatido señalando que la delimitación de las áreas de influencia de los centros docentes se ha efectuado en cumplimiento de una norma reglamentaria, el Real Decreto 377/1993, de 12 marzo, "que fija esos límites de las conveniencias didácticas a que se refiere el Tribunal Supremo". Y en cuanto a la alegada omisión de audiencia de la Federación Católica de Padres de Alumnos de Palencia en el procedimiento seguido para la delimitación de las áreas de influencia (el art. 8.1 del Real Decreto 377/1993 dispone que serán oídos los sectores afectados), la sentencia declara que el vicio, en su caso, podrá depurarse en un proceso contencioso-administrativo ordinario, pero no constituye infracción del apartado 5.º del artículo 27 de la Constitución, pues como ha señalado la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985 (RTC 1985, 77), la participación a que dicho precepto constitucional se re-

fiere es la relativa a la intervención en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos.

En el primer motivo de casación, al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley de la Jurisdicción, se alega infracción de los apartados 1 y 5 del artículo 27 de la Constitución.

Considera el recurrente que la sentencia impugnada ha infringido el apartado 1 del artículo 27 de la Constitución al declarar que en ninguno de los apartados de dicho artículo se hace referencia al derecho a elegir centro docente, pues si bien ese derecho no figura expresamente enunciado en el precepto constitucional, sí aparece reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 1950 y en el Convenio contra la Discriminación de la Enseñanza de 1966, todos estos Convenios y Tratados ratificados por España y que por imperativo del artículo 10.2 de la Constitución deben tenerse en cuenta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que la propia Constitución reconoce, citando asimismo la Ley Orgánica 8/1985, de 3 julio, Reguladora del Derecho a la Educación, que en su artículo 4 viene a reconocer expresamente dicho derecho.

Y en cuanto a la infracción del apartado 5 del mismo artículo 27 de la Constitución, según el cual "los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros", argumenta el recurrente que si bien es cierto que la STC 27 junio 1985 se refiere al derecho a la intervención en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, ya que se trataba del derecho reconocido en el apartado 7 de dicho artículo, tal sentencia no niega ni excluye otros aspectos o instancias participativas y, por otro lado, el Preámbulo de la LODE señala que la programación general de la enseñanza debe asegurar tanto el derecho a la educación como la posibilidad de escoger centro docente dentro de la oferta de puestos escolares gratuitos, de modo que, concluye el recurrente, al estar incluido el derecho de elección de centro docente dentro del concepto de programación general de la enseñanza, cualquier medida que prescinda de la participación efectiva de los sectores afectados en la admisión de alumnos, como aquí ha ocurrido, lesiona el apartado 5 del citado precepto constitucional.

El motivo no puede prosperar. En primer lugar, no puede afirmarse que la sentencia recurrida infrinja el artículo 27.1 de la Constitución, pues se acoge en definitiva a la doctrina de la Sentencia de este Alto Tribunal de 29 marzo 1993 que se adscribe a la línea jurisprudencial que proclama que pese a no venir expresamente enunciado en el artículo 27 de la Constitución, el derecho de elección de centro docente forma parte del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza, aunque no constituya un derecho de carácter absoluto que excluya la adopción de razonables criterios de selección, como lo es, por lo que aquí interesa, el de proximidad domiciliaria.

Y por lo que se refiere a la denunciada infracción del apartado 5 del artículo 27 de la Constitución, que se anuda a la omisión de audiencia de la Federación Católica de Padres de Alumnos de Palencia en el procedimiento para la delimitación del área de influencia del Colegio San José, debe recordarse que el acto impugnado en este proceso no es la delimitación de dicha área de influencia, sino la resolución por la que se suprimieron los cinco puntos que se habían asignado a la hija del recurrente por razón de domicilio, por lo que difícilmente pudo la sentencia incurrir en la infracción que se le atribuye, en la hipótesis de que dicho vicio tuviera relevancia constitucional, sin que quepa argüir que la mencionada delimitación del área de influencia del centro aparece impugnada indirectamente, pues tal actuación administrativa es un mero acto aplicativo de lo dispuesto en el Real Decreto 377/1993, que carece de carácter normativo.

En el segundo y último motivo de casación, al amparo también del artículo 95.1.4 de la Ley Jurisdiccional, se alega infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, citándose al efecto varias sentencias

de este Tribunal que declaran comprendido el derecho de elección de centro docente en el derecho a la educación, doctrina jurisprudencial que el recurrente reputa vulnerada por haber sido excluida su hija del Centro elegido, en el que llevaba ya tres años, en virtud de una modificación del área de influencia de dicho Colegio que califica de arbitraria e ilegal por los motivos que expuso en la demanda y que se centraron en haberse prescindido del trámite de audiencia de la Federación Católica de Padres de Alumnos.

El motivo no es sino reiteración del primero y, en consecuencia, debe rechazarse por las mismas razones que éste, no sin señalar que, pese a llevar tres años en el Centro (jardín de infancia, 1.º y 2.º de preescolar), la hija del recurrente tuvo que ser sometida a proceso de admisión en el curso 1993/1994, en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto 377/1993, por cambiar en dicho curso de nivel educativo, ya que comenzaba a cursar en el mismo el primer curso de educación primaria.

Por lo expuesto, procede declarar que no ha lugar al presente recurso de casación, debiéndose imponer las costas al recurrente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley de la Jurisdicción.» (*Sentencia de 13 de mayo de 1996, Sala 3.ª, Sección 7.ª, Ar. 4584.*)

2. Enseñanza en lenguas cooficiales. Aplicación de la doctrina constitucional sobre la Ley de normalización lingüística de Cataluña: no existe el derecho a recibir la enseñanza en sólo una de las dos lenguas cooficiales en la Comunidad Autónoma.

«Es objeto del presente recurso de casación la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 febrero 1994, que estimó en parte el recurso interpuesto por 113 recurrentes, por el cauce especial de la Ley 62/1978, contra resolución del Departamento de Enseñanza de la Generalidad de Cataluña, en la que no se accedió a la solicitud de los recurrentes de que la enseñanza de sus hijos se impartiese exclusivamente en castellano.

La sentencia falla "estimar parcialmente el derecho de los niños a cursar la primera enseñanza en la lengua habitual de elección, y considerar que su no dación por la Administración vulnera los artículos 14 y 27 de la Constitución".

Son elementos claves en la fundamentación de la sentencia, conducentes a dicho fallo, los siguientes, en una síntesis selectiva, necesaria para dotar de claridad expositiva al ulterior examen y decisión de los argumentos contenidos en los motivos casacionales:

a) Que "el derecho a la educación... en su aspecto lingüístico, que le sirve de fluido, no garantiza de modo indiferente o ilimitado desde la Constitución, el derecho de libre opción a recibir la enseñanza exclusivamente en una lengua determinada cuando sean varias las lenguas reconocidas como oficiales las que convivan en un territorio". "Ni en todo caso alberga como sostiene el Tribunal Constitucional... sin ambigüedad en las Sentencias 195/1989 (RTC 1989, 195) y 19/1990 (RTC 1990, 19), el derecho de los padres... a que sus hijos reciban educación en la lengua de preferencia de sus progenitores en el Centro Docente Público de su elección, al no emerger este pretendido elemento del derecho de ninguno de los apartados del artículo 27 de la Constitución, ni aisladamente considerados, ni analizados a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Convenios Internacionales sobre la materia, no pudiendo quedar la programación pública de la enseñanza a disposición exclusiva de los particulares, como observa el apartado 5 del artículo 27 de la Constitución" (F. 2.º).

b) Que “desde la perspectiva constitucional es igualmente legítimo el modelo de bilingüismo total o de conjunción lingüística, en que las dos lenguas coexisten en la enseñanza en igualdad, armonizadamente y en equilibrio, como el modelo de separación lingüística, en que se aprecia una enseñanza desdoblada de cada una de las dos lenguas de la Comunidad Autónoma, como observa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 137/1986, de 6 noviembre (RTC 1986, 137)”; y que “consecuentemente resulta legítimo que en la Comunidad Autónoma de Cataluña, en la que en virtud del artículo 3 de su Estatuto de Autonomía... se consideran como lenguas oficiales el catalán, como lengua propia de Cataluña, y el castellano como lengua común de todos los españoles y oficial en todo el Estado Español, el Parlamento de Cataluña, a través de la Ley 7/1983, de 18 abril, de Normalización Lingüística, adopte la decisión de conseguir la utilización y la enseñanza de las dos lenguas en el sistema educativo, de modo equilibrado en paridad, conformándose al sistema de conjunción lingüística y apartándose del sistema de separación” (F. 3.º).

c) Que “la afirmación que efectúa el apartado primero del artículo 14 de la Ley 7/1983, de que ‘el catalán como lengua propia de Cataluña lo es también de la enseñanza en todos los niveles educativos’ es congruente con las declaraciones sostenidas en el artículo 3 de la Constitución, que reconoce la realidad plurilingüística de la Nación española, y en el artículo 3 del Estatuto de Autonomía, que afirma el principio de cooficialidad lingüística del castellano y del catalán en el territorio de Cataluña.

Y asimismo viene impelido por el reconocimiento del derecho de las nacionalidades a la autonomía política, que advierte el artículo 2 de la Constitución”.

Que “no resulta sin embargo esa declaración lesiva para la posición del castellano en el sistema educativo en Cataluña, que no pierde ni compite en el espacio en que debe expandirse de otra lengua al activarse en la Ley de Normalización Lingüística el sistema de bilingüismo aditivo, no asumiendo ninguna de las lenguas la posición de lengua minoritaria”, sino que “resalta la posición de equiparación de ambas lenguas en el sistema educativo”.

Y que “esta posición de paridad que asume la lengua catalana con la lengua castellana en la enseñanza en la Comunidad Autónoma de Cataluña no es irrazonable, desde una visión abierta, dinámica y no petrificada del texto constitucional, desde una interpretación integradora de los preceptos constitucionales afectados (arts. 2, 10.1, 14, 27, 148.17, 149 y 30 CE) y no aislada del artículo 3 de la *Prima Lex*, porque sería precisamente contrario a la Constitución integrada en su lectura con el Estatuto de Autonomía de Cataluña, como norma perteneciente al bloque de la constitucionalidad, una consideración degradada de la lengua catalana como lengua minoritaria o singular o como lengua extranjera, alejada de su afirmación como lengua oficial y propia, en el sentido de original, de pertenencia a Cataluña...” (F. 4.º).

d) Que “la extensión del derecho de los niños a recibir la enseñanza en su lengua habitual sea en castellano o en catalán limitado sólo a la primera enseñanza, y el deber de todos los educandos de conocer el catalán y el castellano que establecen los apartados 2 y 4 del artículo 14 de la Ley... 7/1983, no infringen el artículo 3 de la Constitución porque... al establecer el sistema de bilingüismo total no provoca tampoco ni una minusvaloración de la posición del castellano en la enseñanza en Cataluña, contraria a su reconocimiento como lengua española, oficial del Estado, ni una sobrevaloración de la lengua catalana, que no se puede definir, como sugiere la defensa jurídica de los recurrentes, como lengua minoritaria del país, dado su carácter de oficial predicado desde ese precepto constitucional”.

Que “no lesiona el artículo 14 de la Constitución... al no implicar discriminación de aquellos ciudadanos castellano-parlantes o catalano-parlantes al imponerles en la misma intensidad el conocimiento de ambas lenguas, desmereciendo la pretensión del uso exclusivo de cualquiera de ellas en el sistema educativo.

Ni vulnera el artículo 27 de la *Prima Lex*... que no comprende el derecho a reivindicar de modo indiferenciado la instrucción impartida en una lengua cuando sean dos las lenguas que conectadas al territorio tienen el carácter de oficiales.

Ni tampoco conculca el artículo 149.11... al no implicar esta cláusula constitucional una regulación normativa rigurosamente uniforme de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio español se tienen los mismos derechos y obligaciones, al no poder desconocer la personalidad bilingüe de la Comunidad Autónoma de Cataluña" (F. 5.º).

e) Que "la pretensión de los recurrentes vertida en el escrito de demanda de que sus hijos reciban toda la enseñanza en castellano, expuesta de modo abstracto, sin distinción de nivel, etapa, ciclo o grado de enseñanza que se les imparte, no recibe soporte y protección desde el invocado artículo 27 de la Constitución al descenderse de su concretización legal en el artículo 14 de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1983, de Normalización Lingüística y en los artículos 13, 19.1 y 26 de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo...".

Que "del examen del expediente administrativo... se aprecia que algunos niños menores de siete años que estudian pre-escolar y el ciclo inicial de Educación General Básica (segundo ciclo de Educación Infantil y primer ciclo de Educación Primaria en la terminología de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo de 3 octubre 1990) hacían la preparación del aprendizaje de la lectura y escritura en lengua catalana... o las áreas de aprendizaje preceptivas se impartían en dicha lengua, a pesar de haber formulado su solicitud al inicio del curso escolar de que sea respetado su derecho a la enseñanza en la lengua castellana, que establece sin ambigüedad el artículo 14.2 de la Ley... 7/1983 examinada, por lo que cabe considerar que se ha producido en estos determinados casos vulneración del derecho fundamental a la educación" (F. 8.º).

f) Y que "no cabe apreciar lesión del derecho a la educación en la referencia a la solicitud de escolarización exclusiva en castellano respecto a los alumnos que cursan los siguientes cursos de Educación Primaria o Enseñanza Secundaria, que reciben determinadas materias en lengua castellana y otras en lengua catalana... al no encontrarse dicha pretensión absoluta amparada desde el artículo 27 de la Constitución, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo expresada en la Sentencia de 18 julio 1991 (RJ 1991, 5607)..., ni en la Ley de la Generalidad de Cataluña de Normalización Lingüística ya que se observa que no reciben toda la enseñanza exclusivamente en lengua catalana, no prevaleciendo de modo desequilibrado la enseñanza de una lengua sobre la otra porque defraudaría la propia Ley de Normalización Lingüística provocando la violación del derecho fundamental si no se fundamentara en una apreciación de las circunstancias de modo objetivo y razonable, al no haberse acreditado por los recurrentes que las eventuales medidas de refuerzo requeridas para garantizar la eficacia y calidad de la enseñanza en las dos lenguas no se hubieran acordado o se revelaran insuficientes o ineficaces en perjuicio de la satisfacción del derecho a la educación en una lengua comprensible".

"Y cabe rechazar la pretensión suscitada por la defensa jurídica de la parte actora de recibir la enseñanza en clases adecuadas y por profesores idóneos, porque si se refiere a su capacidad lingüística ya este Tribunal Territorial de Justicia en Sentencia de 23 julio 1985 declaró la obligatoriedad del conocimiento de la lengua castellana y catalana por los profesores de Educación General Básica a beneficio de los niños aprendices, de los padres y de la sociedad; doctrina ratificada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 diciembre 1985 (RJ 1985, 6273), y de modo general por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 46/1991, de 28 febrero (RTC 1991, 46), al no sustentarse esa petición en elemento probatorio alguno, careciendo en esos términos de relevancia para su examen desde la perspectiva de los derechos fundamentales, a cuya protección exclusiva se vincula este proceso especial preferente y sumario" (F. 9.º).

El recurso de casación se interpone por los demandantes en el proceso, que lo formulan en un motivo único, bajo la cobertura procesal del artículo 95 de la Ley reguladora de la Jurisdicción por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fuesen aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", señalando como normas infringidas los artículos 3, 14 y 27 de la Constitu-

ción, y dedicando a la alegada infracción de cada uno de esos tres preceptos constitucionales sendos apartados del motivo, de entre los cuales se recoge en el último de ellos la cita de la jurisprudencia que estima infringida.

Comenzando con el análisis de la alegada infracción del primero de los preceptos citados, el del artículo 3 CE, la tesis de la parte se expresa en los siguientes puntos:

a) Que "es evidente que la sentencia se aparta del artículo 3 de la Constitución, interpretándolo al amparo del Estatuto de Cataluña y de la Ley de Normalización Lingüística de dicha Comunidad, para incluso concluir la existencia de un deber de conocimiento de la lengua catalana que no parece deducirse de la norma constitucional, única a la que cabe referirse en un proceso como el que nos ocupa de Derechos Fundamentales, Ley 62/1978, de 26 diciembre".

b) Que "incomprensiblemente, en su fundamento noveno recoge la Sentencia de 23 julio 1985, declarando la obligatoriedad del conocimiento de la lengua catalana cuando precisamente este mismo párrafo de dicha Sentencia fue revocada (*sic*) por el de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 diciembre 1985".

c) Que "el error de la sentencia es precisamente no contemplar el recurso recurrido (*sic*) a la vista del artículo 3 de la Constitución, y hacerlo teniendo como soporte declaraciones del Estatuto de Autonomía de Cataluña, de su Ley de Normalización, o de normas como las del llamado 'Plan de Inmersión' que no pueden tener rango de la constitución", remitiéndose al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada sobre la Ley de Normalización Lingüística pendiente de resolución en el momento de formalización del recurso.

d) Que "la lógica conclusión de dicho precepto constitucional debe ser que la Administración, ya sea estatal o autonómica, debe velar porque este precepto se cumpla y, por ende, no puede imponer otro idioma distinto del castellano o español a ningún ciudadano que circule por cualquier lugar de España, facilitándole y removiendo todos los obstáculos que el no cumplimiento de esta norma pueda suponer".

e) Que el párrafo 2.º del artículo 3 CE "no puede ser una patente de corso para imponer de forma dictatorial y sin posibilidad de elección a niños que tienen como lengua habitual y materna una distinta de la Comunidad Autónoma, en este caso el catalán, eliminando nada menos que la oficial lengua del Estado".

f) Que "no cabe la inconstitucional aseveración que en ocasiones proclama la Administración catalana de que la lengua propia de Cataluña es el catalán, pudiendo suponer que el castellano o español, lengua habitual y materna de más del 60 por 100 de la población de Cataluña fuera impropia".

Era conveniente la exposición minuciosa del contenido del motivo, en lo atinente a la vulneración del artículo 3 CE, para que ante su explicitud resulte justificada la dura calificación de ausencia total de rigor jurídico en el mismo, que pasamos a argumentar.

No podemos menos de compartir la calificación de la Generalidad recurrida en su escrito de impugnación (alegación 4.^a), sobre el tratamiento sesgado que se da en el recurso a la presentación de las razones jurídicas de la sentencia recurrida, lo que se evidencia contrastando esas razones en su auténtica realidad, reflejada en el resumen de ellas del fundamento de derecho 1.º, con la presentación que de las mismas se hace en el escrito del recurso de casación, y en concreto en el apartado primero del motivo que ahora nos ocupa.

Conviene observar, antes de acometer el análisis más preciso de los argumentos de la parte recurrente que han quedado referidos, que el artículo 3 CE, cuya vulneración se alega en este motivo, no es expresión de ningún derecho fundamental, pues sólo lo son los recogidos en los artículos 14 a 28 inclusive CE, de modo que la pretendida tutela del derecho del uso del castellano no es materia que concierna a los derechos fundamentales, ni que de por sí, y aisladamente considerado, sea sus-

ceptible de constituir el objeto del especial proceso dedicado a la tutela de los mismos. La observación de la recurrente, recogida en el apartado a) del fundamento anterior, en referencia al por ella negado deber de conocimiento de la lengua catalana, no deducible de la norma constitucional, en el sentido de que es ésta la "única a la que cabe referirse en un proceso como el que nos ocupa de Derechos Fundamentales", debe ser objeto de una mayor precisión, para desde ella volverse en contra suya, pues en ese tipo de proceso tampoco tiene cabida la tutela de derechos derivados de la norma constitucional, si no son fundamentales, lo que ocurre con el contenido en el artículo 3.º CE.

Por tanto, el tratamiento autónomo de la posible infracción del artículo 3.º CE no resulta adecuado al tipo especial de proceso, en el que nos movemos, lo que bastaría de por sí para la desestimación de las alegaciones referidas a su infracción en este apartado primero del motivo.

Entrando, empero, en el examen individualizado anunciado, y comenzando por el recogido en el apartado a) del fundamento anterior, no alcanzamos a ver el que la recurrente presenta como "evidente" apartamiento del precepto constitucional del artículo 3.º CE. Ni que la sentencia en lugar alguno exponga una determinada interpretación del mismo al amparo del Estatuto de Cataluña y de la Ley de Normalización Lingüística.

Muy por el contrario, la sentencia, jerarquizando con plausible rigor la relación entre las diversas normas (F. 4.º), lo que hace es ponderar la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley de Normalización Lingüística, diciendo que "es congruente con las declaraciones sostenidas en el artículo 3 de la Constitución, que reconoce la realidad plurilingüística de la Nación Española, y en el artículo 3 del Estatuto de Cataluña, que afirma el principio de cooficialidad lingüística del castellano y del catalán en el territorio de Cataluña".

Tal proposición no implica interpretación alguna del artículo 3 del texto constitucional, de la que se pueda discrepar, ni menos una interpretación establecida a partir del Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley de Normalización Lingüística, como la parte recurrente, con evidente distorsión de los términos de la sentencia, aduce en su crítica, por cierto sin fijar con la precisión deseable cuál sea en concreto la interpretación vitanda que censura, con lo que su censura en realidad carece de objeto discernible.

La afirmación de la sentencia recurrida de que el artículo 3 CE "reconoce la realidad plurilingüística de la Nación española", si es que ése fuera el elemento de interpretación discutido, es tan incontrovertible a la luz de lo dispuesto en el párrafo 3 del mismo, que su cuestionamiento sería pura arbitrariedad irrazonable.

En modo alguno puede imputarse a la sentencia recurrida que sobre la base de una determinada interpretación del artículo 3 CE se concluya en ella en la existencia de un deber de conocimiento de la lengua catalana, no deducible de la norma constitucional.

Tal vez la única relación discernible de esa censura con los contenidos reales de la sentencia pueda establecerse con los de su fundamento de derecho sexto, en el que se enjuicia la corrección constitucional del sistema de enseñanza bilingüe, como opción del legislador de Cataluña frente al sistema unilingüe. Al respecto dice dicho fundamento que el legislador "ha perseguido... un fin de interés público —favorecer la convivencia lingüística y por ende la convivencia y la paz social en una comunidad bilingüe— promoviendo en los alumnos el conocimiento profundo de las dos lenguas oficiales, que en sí al no imponer ningún género de segregación por razones lingüísticas, no comporta ningún elemento discriminatorio, alentando valores proclamados en la Constitución ligado al libre desarrollo de la personalidad humana". Y que "esta decisión del Parlamento de Cataluña reflejada en la Ley de Normalización Lingüística se revela no arbitraria, ya que el legislador ha adoptado sus prescripciones educativas en su dimensión lingüística procurando las medidas adecuadas (enseñanza del castellano y del catalán y enseñanza en castellano y en catalán), y de modo equilibrado, para alcanzar el fin tutelado por la Constitución (cono-

cimiento pleno y progresivo de ambas lenguas al finalizar la enseñanza secundaria), no revistiendo justificación que este sistema atente a los derechos del niño, siguiendo de modo fiel la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia de 6 noviembre 1986) y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Sentencia de 23 julio 1968)".

El rigor argumental de estos párrafos transcritos de la sentencia recurrida nos parece digno de elogio, y al propio tiempo merecedor de rechazo el que a ellos se oponga la crítica de que la sentencia, a partir de una interpretación inadecuada del artículo 3 CE, llega a concluir en la existencia de un deber de conocimiento de la lengua catalana, que no parece deducirse de la norma constitucional.

Una cosa es que la norma constitucional no establezca de modo directo el deber de conocimiento de la lengua catalana, a diferencia de lo que hace respecto del castellano, como lengua española oficial del Estado en el artículo 3.1, y otra diferente que la norma autonómica catalana, que se impone como objetivo de la enseñanza en Cataluña el conocimiento del catalán, también lengua española, en paridad con el castellano, pueda censurarse desde claves constitucionales. Y, lo que es más inaceptable, que la justificación de una norma tal, y del objetivo propuesto en ella pueda calificarse de apartamiento del artículo 3 CE.

Partiendo de la base de que los apartados 2 y 3 del artículo 3.º CE disponen, respectivamente, que "las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos", y que "la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección", y que el artículo 148.1.17 del propio texto constitucional establece como competencia de las Comunidades Autónomas la de "fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la *enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma*", es claro que una legislación autonómica que se propone, como objetivo de la enseñanza impartida en su Comunidad, el de la enseñanza de sus dos lenguas oficiales, como es el caso, no hace sino cumplir los objetivos lingüísticos, establecidos en los artículos 3.2 y 3 y 148.1.17 de la Constitución que se acaban de reproducir. Y ello sentado, la tesis de la parte recurrente sobre el apartamiento de la sentencia del artículo 3 CE, carece totalmente de fundamento.

Por lo que hace a la alegación recogida en el apartado b) del fundamento 2.º, es especialmente inaceptable la censura de la alusión en el fundamento de derecho 9.º de la recurrida a la Sentencia del propio Tribunal de 23 julio 1985, en cuanto que los párrafos de la nueva en los que se exponía la aludida doctrina hubieran sido revocados por nuestra Sentencia de 16 diciembre 1985.

Conviene empezar observando la relativa intrascendencia de la cita cuestionada en el fundamento de derecho noveno de la sentencia recurrida, aludido en el argumento crítico de la recurrente, al tiempo que la distorsión intelectual que implica la utilización de esa cita fuera de su contexto, para, aislada de él, hacerla objeto de la censura del recurrente, que ha quedado expuesta.

No es cierto que en el fundamento de derecho noveno, aludido, el Tribunal *a quo* proclame la obligatoriedad del conocimiento del catalán, con la generalidad con la que la parte presenta tal proclamación.

Una lectura respetuosa de dicho fundamento [vid. al respecto su reproducción parcial en apartado f) del fundamento de derecho 1.º de esta nuestra sentencia] evidencia que lo que se hace en el apartado infelizmente aludido por la parte, es salir al paso de la reserva sobre la idoneidad de los profesores por la posible falta de conocimientos lingüísticos para la adecuada enseñanza de los hijos de los recurrentes, diciendo sobre el particular que "si se refiere a su capacidad lingüística ya este Tribunal Territorial de Justicia en Sentencia de 23 julio 1985 declaró la obligatoriedad del conocimiento de la lengua castellana y catalana por los profesores de Educación General Básica en beneficio de los niños aprendices, de los padres y de la sociedad; doctrina ratificada por el Tribunal Supremo por Sentencia de 16 diciembre 1985...".

Es claro, pues, que la parte extrae de su contexto el contenido de la sentencia que selecciona para su crítica.

Pero es que además, sobre esa extrapolación inaceptable se incurre en otra extrapolación del mismo signo en cuanto al párrafo referido de la sentencia del Tribunal Territorial, citada en la recurrida, y de nuestra sentencia.

La lectura de ésta (la STS 16 diciembre 1985, en la que se transcriben los "Considerandos" de la entonces recurrida (la del Tribunal Superior —o tal vez Audiencia Territorial— de Cataluña —o de Barcelona—), evidencia que el objeto del proceso era, entre otros, la impugnación del obligado conocimiento de las lenguas castellana y catalana por los profesores de Educación General Básica ejercientes en Cataluña (vid. Considerando 5.º de la sentencia del Tribunal de instancia), y que la justificación de ese doble conocimiento por la sentencia de instancia fue a su vez ratificada por la nuestra (fundamentos de derecho 1.º y 4.º). Y es a esos pronunciamientos de instancia y apelación, a los que se refiere la sentencia ahora recurrida, con comprobada exactitud.

Es cierto que nuestra aludida sentencia, que acepta expresamente con mínimas salvedades los "Considerandos" de la entonces recurrida, introduce una rectificación del siguiente tenor:

"En el cuarto, la genérica afirmación de que los ciudadanos de Cataluña 'tengan el derecho y el deber de conocer el catalán y el castellano', debe entenderse sustituida por la de que tienen 'el derecho de conocer el catalán y el deber de conocer el castellano'".

Pero debe significarse que la expresión de la sentencia de instancia rectificadora, tenía en ella una mera función de *obiter dicta*, y no la de *ratio decidendi*, con lo que, extraer de su contexto ese contenido de la sentencia, para asentar en él la tesis crítica de la parte, constituye un ineficaz procedimiento dialéctico.

A lo sumo, por vía de *obiter dicta* se habría rectificado en la sentencia una posible teoría implícita del deber de conocimiento de la lengua catalana por los ciudadanos de Cataluña; pero en la medida en que, como se ha demostrado, la sentencia ahora recurrida no establece esa doctrina, y desde luego no lo hace en el fundamento de derecho noveno criticado, sino que alude al obligado conocimiento de las lenguas castellana y catalana por los profesores, y apoya su proclamación en propia sentencia anterior y en la confirmación de la misma por la nuestra citada, es claro que la crítica no tiene que ver con el contenido real del fundamento, y que la eventual eficacia de la Sentencia de 16 diciembre 1985 en punto a la negación del deber del conocimiento del catalán, es ajena a la cuestión objeto del actual proceso.

En todo caso, y para dar a nuestra Sentencia de 16 diciembre 1985 el valor que le corresponde, debe advertirse que una cosa es la posición del ciudadano en abstracto en orden al hipotético deber del conocimiento del catalán, en el plano teórico de la alternativa derecho-deber (que es a lo que se refiere la sentencia aludida), y otra muy distinta (y es éste precisamente el plano en el que se sitúa el actual proceso) que en la relación jurídica especial en la que se inserta la posición de los educandos en los colegios públicos de Cataluña, el conocimiento del catalán, junto con el del castellano, puede serles exigido, y que la enseñanza se proponga ese objetivo.

En lo que se refiere a la alegación contenida en el apartado c) del fundamento 2.º, se trata en realidad de una reiteración de la del apartado a) (antes rechazada, y por tanto igualmente rechazable), salvo en cuanto a la alusión, para reforzar su tesis, a la cuestión de inconstitucionalidad a la sazón pendiente contra la Ley de Normalización Lingüística. Una vez que el Tribunal Constitucional ha rechazado dicha cuestión y proclamado la constitucionalidad de la Ley en su Sentencia 337/1994, de 23 diciembre (RTC 1994, 337), es claro que aquella alusión pierde su valor, imponiéndose sobre los razonamientos del auto de planteamiento los de la sentencia constitucional, bastando aquí con que nos remitamos a ellos, sin necesidad de mayores precisiones.

En cuanto a la alegación reflejada en apartado d) del fundamento 2.º, de nuevo

se incurre en el vicio dialéctico de suplantar la realidad del objeto de la crítica por otro diferente, dirigiéndola a éste.

Ludiendo dicha trampa dialéctica, y centrándonos en la realidad del objeto de debate, que no es otra que la validez constitucional del sistema de enseñanza bilingüe en Cataluña, en dos lenguas españolas, contra el que se alzan los recurrentes, es claro, según se ha justificado antes, que dicho sistema en nada se opone a lo dispuesto en el artículo 3 CE, y que con él ni se introducen imposiciones contrarias al derecho y deber de conocimiento del castellano (puesto que su enseñanza es uno de sus objetivos), ni se introducen dificultades u obstáculos contrarios a él.

Es rechazable un argumento que, al margen de los elementos concretos en juego, elige el plano de abstracción, que supone la referencia al "ciudadano que circule por cualquier lugar de España", cuando de lo que se trata es de la posición del niño español, residente en Cataluña, y que acude a un colegio público regido por la Administración de esa Comunidad Autónoma, para recibir en él la enseñanza a la que tiene derecho.

Cuando se reclama, con referencia al artículo 3 CE, que "la Administración, ya sea ésta estatal o autonómica, debe velar por que este precepto se cumpla", se ha de ser consecuente en esa exigencia con el contenido plenario del mismo, sin olvidar lo que se dice en su párrafos 2 y 3, que establecen la base constitucional precisa, junto con la que aporta el artículo 148.1.17, para un sistema de educación como el aquí cuestionado.

Lo que en realidad está en juego, no es el indiscutible derecho y deber de conocer y usar el castellano, sino el pretendido derecho de cludir la enseñanza del catalán, lengua española también, propia de Cataluña y oficial en dicha Comunidad, que desde luego no puede tener acomodo en el invocado artículo 3 de nuestra Constitución.

En lo que se refiere a la alegación contenida en el apartado e) del fundamento 2.º, más parece responder a una descarga sentimental de protesta, que a una aceptable argumentación racional, lo que la hace rechazable.

"Patente de corso" y "forma dictatorial" son expresiones de extrema dureza, cuyo uso resulta especialmente injustificado, cuando la realidad que la soporta es además inexistente.

Imponer a unos niños residentes en Cataluña, que tienen como lengua habitual y materna el castellano, el conocimiento del catalán, lengua española también (que según el art. 3.º.3 CE constituye una riqueza cultural, objeto de especial respeto y protección), además del castellano, y ello en etapa posterior a la primera enseñanza, no merece en modo alguno, sólo por ello, la calificación de imposición dictatorial basada en una patente de corso.

Y resulta por completo contrario a la normativa vigente en Cataluña al respecto, y a las declaraciones probatorias de la sentencia recurrida —vid. nuestro F. 1.º, apartados b), c), d) y f)—, que se hable de eliminación "nada menos que [de] la oficial lengua del Estado".

En la medida en que esa eliminación no se produce, la crítica carece de objeto, y por ello de lugar en el recurso.

Por último, en lo referente a la alegación del apartado f) del fundamento 2.º, ni la aseveración de la Administración catalana de que el catalán es la lengua propia puede tacharse de inconstitucional, ni ello supone que "el castellano o español, lengua habitual y materna de más del 60 por 100 de la población de Cataluña fuera impropia".

No es inconstitucional tal aseveración, pues resulta plenamente conforme con lo dispuesto en el artículo 3.º del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por la Ley Orgánica 4/1979, que es una Ley Orgánica del Estado, integrada en su bloque de constitucionalidad, y acorde con lo dispuesto en el artículo 3.º.2 y 3 de la CE.

No cabe deducir de esa proclamación que el castellano sea una lengua impropia, deducción forzada incompatible con la proclamación expresa del artículo 3.º.2 del Estatuto de Cataluña ("El idioma catalán es el oficial de Cataluña, así como también lo es el castellano, oficial en todo el Estado español").

Se impone por todo lo expuesto la desestimación del primer apartado del motivo casacional, debiendo además reforzar la argumentación expuesta con la referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 337/1994.

El apartado segundo del motivo único se refiere a la pretendida infracción del artículo 14 CE.

Lo mismo que en el análisis del apartado primero, es aconsejable desmenuzar individualizadamente el análisis general de cada una de las argumentaciones contenidas en el mismo.

Pero antes de ello es oportuno hacer una observación global general.

Se empieza diciendo respecto al artículo 14 CE que "es el precepto por excelencia, que ampara nuestra máxima norma los derechos y libertades de la persona". Sin cuestionar la exaltación del significado del artículo 14 CE que se refleja en la frase (de deficiente formulación gramatical), la alegada excelencia del precepto no lo convierte en una especie de talismán jurídico, de ubicua presencia posible como clave de referencia ante cualquier pretendida lesión de derechos.

La mínima exigencia para que el derecho constitucional de igualdad pueda entrar en juego, reclama, por su propia estructura lógica, el fijar el término de comparación adecuado en relación con el cual, en su caso, pueda producirse la desigualdad.

Sorprende que en este caso no se diga cuál es el término de comparación de que se parte, lo que sitúa ya de entrada toda la argumentación ulterior sobre una base inconsistente.

Si en una interpretación benévola del planteamiento de la parte, y superando el defecto señalado, entendiéramos que el término de comparación implícito lo fueran los niños españoles residentes en otras Comunidades Autónomas sin lengua oficial propia distinta del castellano, de inmediato debiéramos rechazar tal término de comparación.

El dato de que en Cataluña exista además del castellano otra lengua española oficial y propia, es factor suficiente, para justificar que la enseñanza de esa lengua, junto con el castellano, pueda situar a los escolares de esa tierra española en una posición distinta que a los de otras tierras españolas que no tengan otra lengua oficial que el castellano, y no necesitados por tanto de incluir en sus sistemas educativos un objetivo didáctico explicable en las comunidades bilingües.

Y si acaso el no expresado término de comparación fuese el tratamiento del castellano, debiera observarse que el derecho constitucional de igualdad se refiere a los españoles, referencia subjetiva en la que no se pueden incluir, como objeto de igualdad, las lenguas de uso de los mismos.

En el negado caso de que el trato de la lengua castellana no fuera el constitucionalmente adecuado, no por ello, y sin más, se vulneraría el artículo 14 CE.

Cosa diferente es que la desigualdad se refiera, no al trato de la lengua, sino al del ciudadano por razón de ella. Pero no hay nada en la argumentación de la parte, según se verá, que se refiera a un trato discriminatorio de los hijos de los recurrentes por razón de lengua.

Conviene en todo caso recordar aquí las afirmaciones de indudable acierto de la sentencia recurrida —vid. nuestro Fundamento 1.º, apartado d)—, cuando dice, en referencia al sistema bilingüe de enseñanza, que "no lesiona el artículo 14 de la Constitución, que afirma el principio de igualdad de todos los españoles ante la ley, al no implicar discriminación de aquellos ciudadanos castellano-parlantes o catalano-parlantes al imponerles en la misma intensidad el conocimiento de ambas lenguas, desmereciendo la pretensión de uso exclusivo de cualquiera de ellas en el sistema educativo", "ni tampoco conculca el artículo 149.11 (*sic* en la sentencia, aunque lógicamente referido al artículo 149.1.1) referenciado en las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, al no implicar esta cláusula constitucional una regulación normativa rigurosamente uniforme de la que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio español se tienen los mismos derechos y obligaciones, al no poder desconocer la personalidad bilingüe de la Comunidad Autónoma de Cataluña".

Se dice en el apartado del motivo que ahora examinamos que “la sentencia que se recurre intenta apoyarse en la conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional de que no existe desigualdad, cuando la misma es objetiva y razonable, concluyendo que si se produce alguna desigualdad es en aras siempre de la recuperación del catalán, llegando incluso en su fundamento cuarto la sentencia recurrida a todo un juicio de valor sobre una hipotética recuperación de libertades políticas del pueblo de Cataluña, y de derechos culturales y sociales, que si no son del caso discutir en el presente recurso, sí se hace preciso denunciar su extemporaneidad”.

Tal formulación no es estrictamente respetuosa con los exactos términos del fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, aludido, que no parte de un supuesto de desigualdad constatada, necesitado de justificación constitucional, como la parte recurrente afirma, sino que lo que hace es justificar la racionalidad constitucional del artículo 14 de la Ley 7/1983 desde otras claves (arts. 2 y 3 CE, art. 13 del Estatuto de Autonomía, en un primer pasaje, y arts. 2, 10.1, 14, 27, 147.17, 149 y 30 CE, entre otros).

No sólo no se parte de ninguna desigualdad a justificar, sino que proclama “la plena equiparación de ambas lenguas en el sistema educativo”.

La alusión al artículo 14 en el fundamento de la sentencia citado, es tan sólo en un bloque de otros muchos preceptos, según se acaba de indicar, y no por tanto en los términos con que la parte recurrente la presenta.

Y en cuanto a la referencia a la recuperación de las libertades políticas del pueblo catalán, que en la argumentación de los recurrentes se califican de extemporáneas, tiene su impecable encaje argumental en la sentencia, cuando se refiere al “reconocimiento del derecho de las nacionalidades a la autonomía política, que advierte (sic) el artículo 2 de la Constitución”. En tal pasaje no es un juicio de valor censurable, sino una explicación constitucionalmente correcta de la *ratio* de la normalización lingüística en el marco del artículo 2 citado, el decir de este marco y de la norma que se inserta en él, respectivamente, “que es un Código de convivencia social y política que se proyecta hacia el futuro, porque sin necesidad de tensionar o presionar la Norma Fundamental no puede desmembrarse el derecho del pueblo de Cataluña a la recuperación de sus libertades políticas, del derecho a la recuperación de sus derechos culturales y sociales más íntimos entre los que emerge el derecho colectivo a la lengua propia”.

Se censura en la argumentación relativa a la infracción del artículo 14 CE la invocación que se hace en la Sentencia recurrida de la Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1986 (sic) que se tacha de “claramente erróneo por cuanto a (sic) la misma se refiere a un caso concreto de unos padres valencianos que precisamente deseaban el valenciano para sus hijos en un determinado colegio de Valencia, reconociéndoles el derecho el Tribunal Constitucional, pero sin la precisión del centro elegido, lo que obviamente no supone ni mucho menos la prohibición de elección por parte de los padres de elegir para sus hijos la lengua vehicular de la enseñanza, máxime si como en el caso presente es la oficial del Estado”.

Aun admitiendo que la sentencia constitucional referida (cuya cita, por cierto, tanto en uno de los pasajes de la sentencia recurrida como en el motivo casacional, es errónea, pues no es la STC 195/1986, de 27 noviembre, la aludida, sino la 195/1989, de 27 noviembre) no se refiere a un supuesto exactamente igual al actual, apreciamos mayor fundamento en la referencia a ella en la sentencia recurrida, que en la crítica que se hace en el motivo casacional acerca de su invocación en aquélla.

En la sentencia recurrida se alude a esa sentencia constitucional en sus fundamentos 7.º y 8.º, para justificar la inexistencia del derecho de opción lingüística que en este caso se pretende (el de recibir la educación exclusivamente en castellano).

Es cierto que el derecho de opción lingüística pretendido y enjuiciado en la sentencia constitucional era más concreto (“el derecho a que su hijo reciba educación en la lengua oficial de su preferencia en el centro público de su elección”: F. 3.º). En tal sentido el empleo de esa sentencia, para negar el derecho de opción lingüística, no referido a un centro determinado, puede suponer atribuirle un mayor alcance

que el que corresponde al estricto problema que resolvía. Pero no por ello puede compartirse la tesis de que la invocación de la sentencia citada en la recurrida sea errónea, pues aun aceptando que en el caso de ésta lo que está planteado es un pretendido derecho de opción lingüística en la enseñanza, sin referencia a concretos centros, no es difícil advertir en la sentencia constitucional aludida elementos explícitos o implícitos sobre los que asentar la negación de la opción lingüística en abstracto, aun sin la localización en un centro determinado.

En tal sentido puede argüirse la cita en ella de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la interpretación del artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en relación con el artículo 14, según la cual la confirmación de ambos preceptos no tiene "por efecto garantizar a los hijos o a sus padres el derecho a una instrucción impartida en la lengua de su elección".

Y la más expresiva proposición propia de que "no ha existido lesión alguna del derecho a la educación garantizado por el artículo 27 CE, por la muy simple razón de que ese derecho no incluye, como contenido necesario, el de opción lingüística como el recurrente pretende..." (F. 3.º).

Adviértase que en ninguna de esas dos citas la opción lingüística negada está referida a ningún concreto centro.

No puede decirse así que sea errónea la invocación de esa sentencia constitucional en la aquí recurrida, en la que la negación de la opción lingüística es genérica y no localizada respecto a concretos centros, pues aunque la primera no establezca directamente la fórmula aplicable, sí aporta elementos bastantes para la que se aplica en la recurrida.

Prueba de ello es que después de esa Sentencia Constitucional la del propio Tribunal núm. 337/1994, desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley de Normalización Lingüística, en el F. 9.º *in fine*, ya sin relación entre la opción pretendida y determinados centros, niega en abstracto la opción lingüística como no derivable del artículo 27 CE.

Continúa la formulación del motivo oponiendo a la corrección constitucional del llamado "Plan de Inmersión" ("... pueda ser una iniciativa constitucional...") y el "deseable... conocimiento de la lengua catalana para todos los habitantes de Cataluña", y el sentido "primordial [de] su enseñanza desde la más tierna infancia a los niños", lo que, sobre la base de "la declaración del artículo 3.3 del Estatuto Catalán, faculta a la Generalidad para tomar medidas estrictas de fomento y promoción en relación con el uso de la lengua catalana, con el fin de conseguir el objetivo de igualdad esencial" (plan y objetivo no cuestionados por los recurrentes), con la negación a la Generalidad de "competencia para tomar medidas que impliquen limitación, coacción o regulación de actividades, de manera que queda excluida la imposición de una lengua distinta de la oficial española para el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, lo que nos lleva a razonar que existe un derecho de todos los españoles a la enseñanza en la lengua del Estado, sin que ello pueda afectar al especial respeto y protección de que han de ser objeto las distintas modalidades lingüísticas de España".

Reiterando la observación hecha en momento anterior, de que ese planteamiento nada tiene que ver con una pretendida infracción del artículo 14 CE, es claro que con ese modo de razonar se está atacando de modo directo al bilingüismo en la educación, y oponiendo a él un pretendido derecho de opción lingüística, reproduciendo en realidad planteamientos anteriores y posteriores, que tienen su más rotundo rechazo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 337/1994, cuyo F. 9.º *in fine*, ya aludido antes, que dice al respecto:

"... ni del contenido del derecho constitucional a la educación reconocido en dicho precepto 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. El derecho de todos a la educación, no cabe olvidarlo, se ejerce en el marco de un sistema educativo en el que los pode-

res públicos —esto es, el Estado a través de la legislación básica y las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias en esta materia— determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje, organizando asimismo su desarrollo en los distintos centros docentes; por lo que la educación constituye, en términos generales, una actividad reglada. De este modo, 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 la Comunidad Autónoma como lenguas de comunicación en la enseñanza, de conformidad con el reparto competencial en materia de educación”.

La claridad y contundencia de esa doctrina del Tribunal Constitucional nos exonera de un mayor esfuerzo para rechazar la argumentación de la parte, si bien es oportuno advertir que una cosa es el “derecho particular de todos los españoles a recibir la enseñanza en la lengua del Estado” (el que en una formación bilingüe, se integra como uno de los componentes de la misma, como objeto de enseñanza y como vehículo de comunicación), y otra el pretendido derecho a que la educación se imparta exclusivamente en la lengua del Estado (que lleva como ineludible reverso el rechazo de que, en simultaneidad con ese objeto de enseñanza y vehículo de comunicación, se utilice en términos de paridad la enseñanza y uso vehicular del catalán), derecho este último inexistente, y que es en realidad el que se da por sentado en el argumento que analizamos.

Se refiere la parte recurrente a continuación al reconocimiento por la sentencia recurrida del derecho de los niños menores de siete años a recibir su primera enseñanza en el “idioma oficial del Estado, cuando es además el habitual y materno, el castellano o español” y a la aceptación de “la prohibición que el ‘Plan de Inmersión’ supone, prohibiendo a partir de esa edad la enseñanza el (sic) español o castellano”, lo que, se dice, “es una clara discriminación sentenciada ya por esa misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, con fecha 21 abril 1980 (RJ 1980, 1392), y referente precisamente a alumnos de BUP”, con transcripción expresa de frases de dicha sentencia, de la que se dice que “además reconoció el derecho a percibir las clases en aulas y por profesores idóneos y los libros y textos en castellano”.

Aceptando la realidad de la sentencia aludida en esta argumentación, deben hacerse, no obstante, varias precisiones respecto a la cita, y a la utilización de la misma por la parte.

Primero, que, como en ocasiones anteriores, ni el argumento en que se utiliza, ni la sentencia utilizada en él, tienen nada que ver con la pretendida infracción del artículo 14 CE, que es el marco conceptual en el que se mueve dicha argumentación. La lectura de la sentencia acredita que *el derecho fundamental cuestionado lo era el artículo 27 CE*, y no el del artículo 14. Resulta por ello técnicamente rechazable atribuir a la sentencia que en ella se haya calificado la enseñanza en catalán de “clara discriminación”.

Segundo, que dicha sentencia, por evidente razón cronológica, se dictó, cuando aún no se había promulgado la Ley de Normalización Lingüística de Cataluña, Ley 7/1983, por lo que su doctrina es inaplicable a situaciones que tienen como marco legal aplicativo otro distinto.

Y tercero, que lo que esa sentencia tiene de interpretación explícita o implícita del alcance del artículo 27 CE ha quedado desvirtuado por la doctrina de las Sentencias del Tribunal Constitucional 195/1989, y sobre todo por la 337/1994. No puede olvidarse además la doctrina contraria a la de esa nuestra Sentencia de 1980; proclamada por la también nuestra de 18 julio 1991, citada por cierto en el fundamento de derecho 9.º de la sentencia recurrida —vid. apartado f) del resumen de nuestro fundamento de derecho primero—.

Finalmente, no es respetuoso con el contenido de la sentencia recurrida, y con el

sistema de enseñanza bilingüe en ella enjuiciado, imputar que tal sistema implique, y que la sentencia acepte, el que se prohíba a partir de los siete años la enseñanza del castellano.

Es claro en todo momento en el sistema de enseñanza bilingüe que se trazan, como objetivo del mismo, que al final de los estudios básicos “todos los niños en Cataluña, cualquiera que sea su lengua habitual al iniciar la enseñanza, deben poder utilizar normal y correctamente el catalán y el castellano” (art. 14.4 de la Ley 7/1983).

Y lo es igualmente que la sentencia recurrida en reiterados pasajes se refiere a la paridad de trato de ambas lenguas españolas —vid. apartados *b)*, *c)*, *d)* y *f)* del resumen del fundamento de derecho primero de esta nuestra sentencia—.

Debemos, pues, rechazar la argumentación enjuiciada.

Por último, la argumentación referida a la pretendida infracción del artículo 14 se cierra con una serie de alusiones al inexistente “deber [de] conocer la lengua catalana en Cataluña, aunque pueda ser deseable, lo que comporta su no exigencia de forma general...”; a la entelequia que supone la invocación por la Generalidad de Cataluña, del “deber de garantizar el conocimiento de las dos lenguas al final de los estudios para todos los niños de Cataluña”; al rechazo del sistema de “garantizar *manu militari* a través de un ‘Plan de Inmersión’, por el que se sumerge a los niños de habla castellana en un aula más numerosa de habla catalana... lo que es algo expresamente prohibido ya por sentencia firme”, con cita de nuestra Sentencia de 5 febrero 1988; a la veda de que “ninguna transferencia de competencias por el Estado a las Comunidades Autónomas puede suponer la facultad de éstas de suprimir el idioma oficial del Estado en la escolarización de los niños de cualquier Comunidad”; y la proclamación del “hecho público y notorio, ni siquiera ocultado por la propia Administración educativa que confiesa la realidad de que en toda Cataluña no existe un solo colegio público donde se den las clases en castellano”.

Advirtiendo una vez más la inexistente relación entre esas argumentaciones y la pretendida infracción del artículo 14 CE, bajo cuyo marco se enuncian las mismas, en parte reiteración de otras anteriores, y anticipo de otras posteriores, las mismas son rechazables en sí.

No cabe la imputación de la formulación en abstracto, para rechazarla, de un deber de conocer la lengua catalana en Cataluña, cuando de lo que se está tratando es, de modo mucho más concreto, de la relación jurídica de sumisión especial de alumno de un colegio público y de los contenidos y vehículos de la enseñanza en él, en cuyo marco sí puede justificarse ese deber, por las razones ampliamente expresadas en la sentencia recurrida sobre la constitucionalidad del sistema bilingüe de educación, y rotundamente confirmadas por la Sentencia del Tribunal Constitucional 337/1994.

Es jurídicamente incorrecto calificar de “entelequia” a la invocación por la Generalidad de Cataluña de su deber de garantizar el conocimiento de las dos lenguas al final de los estudios para todos los niños de Cataluña, pues se trata, nada menos, que de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley 7/1983 del Parlamento de Cataluña, ratificada en su constitucionalidad por la tan citada STC 337/1994.

Es impropio de un razonamiento sereno la calificación de *manu militari*, para el rechazo del sistema de enseñanza bilingüe, y es además contradictoria esa desorbitada crítica con la proclamación precedente, dentro del mismo apartado argumental del motivo, de que “no parece que sean necesarios muchos argumentos para colegir que el llamado ‘Plan de Inmersión’ consistente en sumergir en una clase mayoritariamente de alumnos catalanes a alumnos cuya lengua habitual y materna es el castellano, pueda ser una iniciativa constitucional, y por ello primordial su enseñanza desde la más tierna infancia a los niños”.

En cuanto a la cita y transcripción parcial de la Sentencia de este Tribunal de 5 febrero 1988, la falta de más datos de identificación de la sentencia (Sala, número de recurso) hace insegura su localización en los repertorios jurisprudenciales de uso

común; mas si se entendiera que se alude a la Sentencia de la extinguida Sala 5.^a, Ponente Excmo. señor don Luis B. B. (RJ 1988, 1260), en ningún lugar de ella aparece la frase entrecuillada en la alegación de la parte, cuya contundencia prohibitiva se invoca en refuerzo de la misma; ello aparte de que la inmersión cuestionada en esa sentencia se refería a alumnos de cuatro años, y no a los que son objeto de las enseñanzas cuestionadas en esta casación, que ya han pasado por una primera enseñanza.

Carece de objeto en este caso la crítica de que ninguna transferencia de competencias puede suponer la facultad de suprimir el idioma oficial del Estado en la escolarización de los niños, pues ya se ha insistido reiteradamente (con tanta insistencia como reclama la de la parte al proclamarlo) que en el sistema de enseñanza bilingüe no se suprime el idioma oficial del Estado en la escolarización, sino que se integra en conjunción y en paridad con el otro idioma español y oficial de la Comunidad.

Finalmente, el hecho notorio al que alude la parte puede ser el de la inexistencia de colegios públicos en que se den las clases exclusivamente en castellano; lo que tiene relación con un sistema de enseñanza bilingüe; pero corresponde a la apreciación de la prueba, reflejada en la sentencia recurrida, no discutible en casación, la de que en los colegios en que cursan sus estudios los hijos de los recurrentes, el bilingüismo en la educación se observa.

Se impone, por todo lo expuesto, el rechazo de las alegaciones referentes a la pretendida infracción del artículo 14 CE, acudiendo también, en refuerzo de nuestra propia argumentación desestimatoria, a la de la STC 337/1994, de tan reiterada cita.

En el apartado referido a la pretendida vulneración del artículo 27 CE, se reiteran en parte argumentos ya expuestos con anterioridad, y ya rechazados, como cuando se dice que la sentencia no aprecia lesión del artículo 27 de la Constitución "pese a que ha quedado demostrado que incluso por la Administración demandada, la Generalidad de Cataluña, no sólo no se ha (*sic*) removido los obstáculos para que dicha enseñanza tenga una vigencia idéntica a la del resto de España, sino que se niega un Derecho Fundamental como es la educación, en la lengua oficial del Estado, cuando es la habitual o materna del que la pide, si se tiene más de siete años, es decir, para dicha Administración y parece ser que para la sentencia recurrida los Derechos Fundamentales tienen edad, los niños españoles en Cataluña sólo hasta los siete años pueden tener acceso al derecho a la educación en su lengua materna y habitual si son castellano-hablantes, porque naturalmente, el 'Plan de Inmersión' les concede la prerrogativa de tener como lengua vehicular exclusivamente el catalán, mayor disparate no puede concebirse dentro del marco constitucional y ni siquiera como así lo ha entendido ya ese Tribunal Supremo, dentro de la Declaración de los Derechos Humanos".

Dejando aparte las apreciaciones subjetivas de los recurrentes, que el Tribunal está obligado a respetar, la metáfora irónica de la "edad de los Derechos Fundamentales" (licencia retórica de la parte recurrente para alterar gratuitamente el sentido de la ponderación por la Administración recurrida y por el Tribunal sentenciador de la edad de los titulares del derecho a la educación), y el énfasis desmedido en la calificación de tesis contrarias a la suya ("... mayor disparate..."), el argumento parte del presupuesto, constitucionalmente infundado, de la existencia del derecho a recibir la educación exclusivamente en la lengua "oficial del Estado", cuando es la habitual y materna del que la pide.

Negado, como se ha razonado en momentos anteriores, con apoyo en las Sentencias del Tribunal Constitucional 195/1989 y 337/1994, ese pretendido derecho, es claro que ni la Administración demandada, al imponer la enseñanza bilingüe por encima de la edad de siete años, ni la sentencia, al admitir la constitucionalidad de tal sistema de enseñanza, puede haberlo infringido.

Conviene referirnos aquí a nuestra Sentencia de 18 julio 1991, ya citada en momento anterior, y a la del Tribunal Europeo de los Derecho Humanos, de 23 julio

1968, para rechazar la desmedida calificación de la parte sobre el "mayor disparate" de negar un derecho, que en todas esas sentencias se considera inexistente.

La argumentación de la parte censura a la sentencia recurrida que "parece amparar la técnica empleada por la Generalidad de Cataluña para dar cumplimiento a la enseñanza en lengua castellana, la llamada atención individualizada", que se califica por la parte de "crueldad manifiesta que consiste en sumergir a tres o cuatro niños de habla castellana en una clase de más de veinte, impartiendo casi todas las horas lectivas en catalán y cuando faltan diez minutos para el final de la clase, preguntar, como si de unos subnormales se tratase, a los niños castellano-hablantes si han entendido o no la explicación, ante la expectación de sus compañeros catalanoparlantes, provocando, como conoce sobradamente la Administración educativa y la Sala cuya sentencia se recurre, la angustia de aquellos niños que terminan solicitando a sus padres renuncien a sus derechos lingüísticos para no verse expuestos a tal vergüenza pública, así, se está cumpliendo hoy el fallo de la sentencia que se recurre que obligaba a la Administración catalana a dar las clases en castellano a los alumnos que así lo pretendieran".

El dramático relato contenido en el párrafo entrecorrido carece de entidad jurídica como argumento crítico contra la sentencia recurrida.

En primer lugar la alegada "crueldad manifiesta" del sistema, precisaría una adecuada prueba, que no se ha producido, como se infiere de la sentencia recurrida en el fundamento de derecho noveno ("... se observa que no reciben toda la enseñanza exclusivamente en lengua catalana, no prevaleciendo de modo desequilibrado la enseñanza de una lengua sobre otra porque defraudaría la propia Ley de Normalización Lingüística provocando la violación del Derecho Fundamental si no se fundamentara en una apreciación de las circunstancias de modo objetivo y razonable, al no haberse acreditado por los recurrentes que las eventuales medidas de refuerzo requeridas para garantizar la eficacia y calidad de la enseñanza en las dos lenguas no se hubieran acordado o se revelaran insuficientes o ineficaces en perjuicio de la satisfacción del derecho a la educación en una lengua comprensible").

En segundo lugar no es procedimiento dialécticamente aceptable el referirse, para advenir la alegada "crueldad" del sistema de atención individualizada, no probada por la parte, cual hubiera sido exigible, al sobrado conocimiento al respecto de la Administración y de la Sala recurrente, que puede dejar flotando la sensación inaceptable de que la Sala y la Administración, pese a conocer tal crueldad, no reaccionan frente a ella, lo que debe merecer de nuestra parte el más rotundo rechazo, en cuanto que el argumento no es respetuoso con la objetividad e imparcialidad de la actuación de aquéllas.

Por último es inexplicable que pretendiendo la casación la enseñanza exclusivamente en castellano de los niños por encima de la edad de siete años, lo que la sentencia recurrida rechazó, el argumento se refiere al modo de cumplimiento de la sentencia en la parte estimada, lo que nada tiene que ver con el contenido del recurso de casación, por corresponder, en su caso, a la ejecución de sentencia.

La argumentación de la parte recurrente en este punto, como en los precedentes, debe ser rechazada, invocando una vez más para rechazar que el sistema de bilingüismo en la educación pueda vulnerar el artículo 27 CE, la Sentencia 337/1994 del Tribunal Constitucional.

El último apartado del recurso, incluido en el atinente a la infracción del artículo 27 CE, como en su momento se anticipó, se refiere a la infracción de la jurisprudencia, citando al respecto las Sentencias de 21 abril 1980 (RJ 1980, 1392) de la Sala III, la de la Sala V de 5 febrero 1980, la de 16 diciembre 1985 (RJ 1985, 6273) de la Sala III, la de 17 octubre 1988 (RJ 1988, 7696) de la Sala V y la de 26 junio 1986 (RTC 1986, 83) del Tribunal Constitucional, así como el Auto de este mismo Tribunal de 22 marzo 1994, de admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Tercera de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo respecto de la Ley de Normalización Lingüística, Ley 7/1983.

Tal cita jurisprudencial resulta inoperante, desde el momento en que la tan cita-

da STC 337/1994, desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad referida, ha proclamado la constitucionalidad de la Ley en entredicho, a la que se ajusta estrictamente la resolución administrativa aquí recurrida; de modo que los contenidos de nuestra jurisprudencia anterior deben ceder, por exigencias de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ante la doctrina contenida en dicha sentencia del Tribunal Constitucional.

Conviene destacar en todo caso, aunque ya se ha hecho en otro momento, la existencia anterior a la sentencia del Tribunal Constitucional, de una evolución en nuestra propia jurisprudencia, que se manifiesta en nuestra Sentencia de 18 julio 1991, que da cobertura de por sí a las tesis de la sentencia recurrida.

Ha de concluirse así en la desestimación del motivo casacional, y en la declaración de no haber lugar al recurso de casación, con imposición de las costas al recurrente, según lo dispuesto en el artículo 102.3 de nuestra Ley Jurisdiccional, si bien, antes de pronunciar el fallo, es necesario que nos ocupemos del análisis de las alegaciones del Ministerio Fiscal, que se pronuncian en apoyo del recurso de casación.

El enjundioso escrito del Ministerio Fiscal tiene un doble contenido, que merece un diferente tratamiento.

Por una parte, se destaca en él que la sentencia recurrida no ha dado respuesta a la petición de los recurrentes sobre el derecho a que las comunicaciones con los padres y educandos se hagan en castellano.

Por otra, se argumenta que la sentencia ha fijado en los siete años el límite para poder optar por una enseñanza exclusivamente en castellano, sin justificar de dónde se obtiene tal límite, sosteniendo la tesis de la inaplicabilidad del mismo y de la existencia del derecho a la educación exclusivamente en castellano desde la infantil hasta la primaria en toda su extensión, sobre la base de una interpretación de lo que puede entenderse como "primera enseñanza" en el artículo 14.2 de la Ley catalana 7/1983.

En cuanto al primero de los contenidos no puede aceptarse la petición del Fiscal, por exigencias estrictamente procesales.

Debe advertirse que, pudiendo haberlo hecho, no ha interpuesto recurso de casación, con lo que no cabe que introduzca por sí mismo peticiones de revisión de la sentencia recurrida, que no se ajusten a los términos del recurso de casación de la parte recurrente.

En tal sentido conviene destacar que la falta de respuesta de la sentencia recurrida a una de las peticiones de los recurrentes constituye una hipótesis de incongruencia omisiva, cuya impugnación en vía casacional tendría su encaje en el número 3.º del artículo 95.1 de nuestra Ley Jurisdiccional.

En la medida en que tal motivo casacional no se ha esgrimido por el que tiene legitimación para hacerlo: la parte recurrente, es visto que la petición al respecto del Ministerio Fiscal, no recurrente, no puede introducir en el debate casacional tal motivo.

En cuanto al otro contenido casacional, la cuestión es más discutible, pues aunque se trate de argumentos no utilizados por el recurrente (y por cierto de indiscutible rigor jurídico, aunque no se compartan, como de inmediato se razonará, frente a la palmaria falta de él de los de la parte recurrente) no es claro que puedan corresponder a un motivo nuevo, sino que tal vez puede reconducirse al marco formal de motivación del recurrente, y en concreto al de la infracción del artículo 27 CE, aunque el escrito del Ministerio Fiscal no sea muy preciso al respecto, lo que aconseja entrar en su examen en este caso, sin necesidad de un más comprometido pronunciamiento de carácter general sobre la admisibilidad procesal de alegaciones de tal tipo por parte de un no recurrente.

En síntesis, la tesis del Ministerio Fiscal traza una relación de correspondencia entre el concepto de "primera enseñanza" del artículo 14.2 de la Ley catalana 7/1983, y el de los estudios de EGB, del RD 69/1980 y de "enseñanza primaria" de la LOGSE, entendiendo, sobre la base de esa equivalencia, que toda la "enseñanza primaria", debe incluirse en el artículo 14.2 de la Ley 7/1983, y que toda la argumenta-

ción de la sentencia recurrida, referida a la enseñanza hasta los siete años, es válida también para cubrir con idéntica posibilidad de opción lingüística toda la enseñanza primaria, sin el límite de los siete años, que, en tesis del Fiscal, no se encuentra en la Ley 7/1983, sino en el artículo 7.1 del Decreto autonómico 326/1983, de 30 agosto, sobre aplicación de la Ley 7/1983 ("los niños tendrán derecho a recibir la enseñanza correspondiente al ciclo inicial de EGB y, dado el caso, al período preescolar, en su lengua habitual hasta el momento de iniciar dichos estudios").

Se completa la argumentación del Ministerio Fiscal, relativizando, en su relación con este caso, el alcance de la STC 337/1994 (RTC 1994, 337), por cuanto no se entra en ella a considerar cuál sea el significado de la primera enseñanza, rechazando que otros pronunciamientos anteriores, como los de las Sentencias 195/1989 y 19/1990 faciliten la solución.

Tampoco podemos compartir en este punto la tesis del Fiscal, y por el contrario estimamos que la STC 337/1994, sí aporta claves precisas para rechazar la posibilidad de opción por una enseñanza exclusivamente en castellano.

En relación con dicha tesis es preciso hacer dos observaciones.

La primera, que en la STC de constante cita, la proclamada inexistencia de un derecho a "recibir la enseñanza en sólo una de las lenguas cooficiales en la Comunidad Autónoma, a elección de los interesados" no se circunscribe a un determinado tipo de enseñanza: "la primera enseñanza", en la terminología de la Ley 7/1983 de Cataluña, sino que es una proclamación de carácter general, que no salva a aquella (vid. F. 9.º *in fine*). Además, en la sentencia se parte en algunos pasajes del dato referido a la norma cuestionada, de que durante la EGB, exceptuado el período de la "primera enseñanza", se esté imponiendo la enseñanza bilingüe, y el Tribunal Constitucional proclama la constitucionalidad de tal sistema. Se analiza el sistema de imponer durante los "estudios básicos" el bilingüismo, para que al final de ellos se pueda utilizar correctamente el catalán y el castellano (vid. F. 10), y se justifica la constitucionalidad de tal sistema.

Es claro que los "estudios básicos" equivalen en su conjunto a los que el Ministerio Fiscal considera como enseñanza primaria; por lo que no cabe aceptar la tesis de éste de que el Tribunal Constitucional sólo se haya referido a la "primera enseñanza" sin definir su alcance. Por el contrario, y aunque esa definición directa no se encuentra, sí puede considerarse implícita, desde el momento que, al legitimar un sistema de estudios básicos, en el cual se incluye una etapa de necesaria enseñanza bilingüe, está partiendo de una diferenciación de dos etapas dentro de esos estudios, una de las cuales es de bilingüismo, lo que se considera constitucionalmente correcto. La definición de dos etapas en los "estudios básicos", está, pues, implícita en la Sentencia del Tribunal Constitucional contra lo que dice el Ministerio Fiscal.

De aceptar la tesis de éste, de que toda la EGB, "educación primaria" o "estudios básicos", según las diferentes terminologías, están comprendidos en el concepto de "primera enseñanza" del artículo 14.2 de la Ley 7/1983, no tendrían referente identificable las argumentaciones del Tribunal Constitucional en los fundamentos aludidos.

Y la segunda, que el concepto de "primera enseñanza" del artículo 14.2 de la Ley 7/1983, no tiene por qué corresponder con los conceptos aportados por el Ministerio Fiscal, que no son literalmente equivalentes.

No se puede dar a un concepto de un texto normativo autonómico un sentido fijado por otros conceptos no literal y lógicamente equivalentes de un texto normativo estatal, de ordenación general de la enseñanza, en el que no opera como clave ordenadora la que lo es del texto autonómico.

El concepto de "primera enseñanza" en el marco de la Ley 7/1983 no puede extraerse de su contexto. Y en el marco autonómico de competencia plena de la Comunidad Autónoma para la regulación de la enseñanza, el D. 362/1983, que es el que marca la distinción de edades, que el Ministerio Fiscal critica, es una norma de perfecta armonía con la Ley autonómica que, por tanto, no puede dejarse de aplicar.

Deriva de lo expuesto la conclusión de que las alegaciones del Ministerio Fiscal analizadas no pueden cambiar el signo desestimatorio del recurso de casación, que antes quedó justificado.» (*Sentencia de 17 de abril de 1996, Sala 3.ª, Sección, 7.ª, Ar. 4627.*)

B) Derecho al juez predeterminado por la Ley. Comisión de servicios a juez de la Audiencia Nacional. No vulnera el derecho fundamental.

«Alega, en primer lugar la representación procesal de los recurrentes que los tres acuerdos impugnados en el presente recurso contencioso-administrativo tienen en común afectar, con distinto grado de intensidad, al funcionamiento del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de los de la Audiencia Nacional en la medida en que todos ellos, en mayor o menor grado, vienen a limitar el ejercicio de la función jurisdiccional a cargo de su titular en beneficio del Magistrado-Juez Sr. García Castellón. Y en apoyo de tal tesis aduce que el Tribunal Constitucional en Sentencia de 31 mayo 1983 (RTC 1983, 47) ha declarado que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley a que se refiere el artículo 24.2 de la Constitución "exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta —y que se recoge expresamente en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales—, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar las facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse"; y aduce, también, que el examen de si se ha seguido el procedimiento legalmente establecido en la composición del órgano jurisdiccional es imprescindible para determinar la existencia o inexistencia de la lesión en el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley, lo cual constituye una importante restricción a la doctrina legal vigente en materia de contenido y límites del proceso regulado por la Ley 62/1978, que, cuando se invoca tal derecho fundamental viene de hecho a identificarse con el procedimiento contencioso-administrativo ordinario. Igualmente aduce que en el artículo 24.2 de la Constitución se trata de garantizar que el ejercicio de la función jurisdiccional se lleve a cabo por el Juez o Tribunal competente excluyéndose los Jueces *ad hoc*, *ex post facto*, *ad casum* y *suspectus*.

La representación procesal de la parte recurrente silencia que la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1983, de 31 mayo (RTC 1983, 47), contiene, a continuación del párrafo que transcribe, otro en el que el propio Tribunal Constitucional sigue diciendo: "Es cierto que no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia dimanante del interés público las llamadas 'necesidades del servicio', de que los distintos miembros del Poder Judicial colaboren dentro de la administración de justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema. Pero, en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado".

Tanto del párrafo de la sentencia del Tribunal Constitucional que se acaba de transcribir, como del párrafo que ha transcrito la representación procesal de la parte recurrente, se deduce, que la finalidad del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley es garantizar la independencia e imparcialidad de los Jueces. Por tanto, no toda infracción de las normas que regulan el procedimiento de nombramiento de los mismos puede traducirse, en contra de lo que afirma la representación procesal de los recurrentes, en una violación del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, siendo preciso que tal infracción, si se produce, pueda influir en la independencia e imparcialidad del Juez nombrado para integrarse en un órgano judicial. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 47/1982, de 12 julio (RTC 1982, 47) ha declarado también que el derecho al Juez predeterminado por la ley comprende recusar a aquellos funcionarios en quienes estime que concurren causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad. La representación procesal de los recurrentes nada ha alegado sobre la falta de independencia e imparcialidad del Magistrado Sr. García-Castellón, ni sus representados le han recusado en las diligencias penales. Tal representación procesal tras invocar, en su escrito de demanda, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la apariencia de imparcialidad, se ha limitado a formular una serie de interrogantes sobre si el nombramiento del Magistrado Sr. García-Castellón (a su juicio sin cobertura legal), atribuyéndole el conocimiento de los asuntos de nuevo ingreso en el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 se hizo para que pudiera conocer de la querrela (que la prensa ya había anunciado), que el Ministerio Fiscal iba a interponer contra sus representados. Apunta sus dudas sobre los motivos que decidieron a la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial a dictar el Acuerdo de 25 de octubre de 1994, pero elude una conclusión clara y diáfana. Dudas que, en todo caso, podrían afectar a la actuación de dicha Comisión pero que, en absoluto, pueden originar sospechas de que el Magistrado Sr. García-Castellón no fuera a actuar imparcialmente y con independencia en el que la parte denomina "caso Banesto". Dudas que, sin embargo, no comparte esta Sala, pues ya la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional el 20 mayo 1994 (cuando no existía ninguna noticia de prensa sobre la posible querrela del Ministerio Fiscal) teniendo en cuenta la situación de atraso en que se encontraba el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 acordó adscribir al Magistrado Sr. García-Castellón a dicho Juzgado, y la Junta de Jueces Centrales de Instrucción y de lo Penal de la Audiencia Nacional con fecha 25 mayo 1994 acordó proponer a la Sala de Gobierno que dicho Magistrado conociera de los asuntos de nuevo ingreso. En esta línea, y por la misma razón del atraso de dicho Juzgado en la tramitación de los asuntos pendientes, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial acordó, con fecha 25 octubre 1994, conferir comisión de servicio a dicho Magistrado para que actuara en tal Juzgado con su titular, asumiendo el conocimiento de los asuntos de nuevo ingreso. Existe, por tanto, una razón objetiva, razonable y no arbitraria para la comisión de servicio del Magistrado Sr. García-Castellón. Por otro lado, no puede olvidarse, y ello es fundamental para la resolución del presente litigio, que el Magistrado Sr. García-Castellón fue nombrado, de conformidad con el artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional por Decreto 1485/1993, de 27 agosto, y que al reincorporarse su titular y a tenor del núm. 2 del propio artículo 118, quedaba obligado a prestar sus servicios en el puesto que determinara la Sala de Gobierno. Es decir, el Magistrado Sr. García-Castellón desde que fue nombrado por el artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Magistrado de la Audiencia Nacional con destino al Juzgado Central núm. 5 era Juez ordinario predeterminado por la Ley para intervenir, a través del reparto, en el conocimiento de cualesquiera asuntos que legalmente estuvieran atribuidos a la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, de forma que cualquier hipotética irregularidad en el procedimiento para la asignación al Juzgado en que dicho Magistrado debiera actuar,

aunque hubiera llegado a producirse, sería un problema de legalidad ordinaria que no afectaría al derecho de los recurrentes al Juez ordinario predeterminado por la Ley. La posibilidad de que la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su Acuerdo de 25 octubre 1994 hubiera conferido la comisión de servicio al referido Magistrado dimana de los artículos 216 y 350 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya parca regulación ha motivado la reforma de la misma por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 noviembre, que ha añadido los artículos 216 bis a 216 bis.4, que contemplan una más acabada regulación de las medidas de refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales. Esta Sala considera que los mencionados artículos 216 y 350 de la Ley Orgánica del Poder Judicial eran ya asidero legal suficiente para conferir la comisión de servicio al Magistrado Sr. García-Castellón, quien, insistimos, era ya en el momento en que se acordó su comisión de servicio en el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, Juez ordinario predeterminado por la ley, para intervenir, a través del reparto, en el conocimiento de cualesquiera asuntos que legalmente estuvieran atribuidos a la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional.

Por lo razonado ha de llegarse a la conclusión de que el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 25 octubre 1994 no ha violado el derecho de los recurrentes al Juez ordinario predeterminado por la ley; como, tampoco, los posteriores acuerdos de la propia Comisión y el Pleno que resolvieron renovar por seis meses dicha Comisión, pues ello no afectó ni a la independencia ni a la imparcialidad de dicho Magistrado en sus actuaciones en el Juzgado Central de Instrucción núm. 3. Es de significar que tanto el acuerdo de la Comisión de 25 abril 1995 como el del Pleno de 3 mayo siguiente, son conformes en renovar la comisión de servicio del Magistrado Sr. García-Castellón para seguir conociendo de las actuaciones penales de las que ya venía conociendo como consecuencia del primer Acuerdo de la Comisión Permanente de 24 octubre 1994; las discrepancias entre estos dos últimos acuerdos sobre otros extremos, en cuanto no afectan a los recurrentes, caen fuera del ámbito del presente recurso contencioso-administrativo.

Hemos afirmado que la infracción de la legalidad ordinaria que regula el procedimiento de asignación de un Juez a un órgano jurisdiccional concreto sólo lesiona el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley cuando tal infracción puede afectar, en alguna medida, a la imparcialidad e independencia de aquél. En el presente caso, podemos adelantar que no se han producido en el procedimiento seguido para la renovación de la comisión de servicio del Magistrado Sr. García-Castellón las infracciones de legalidad ordinaria que aduce la representación procesal de la parte recurrente con invocación del último párrafo del artículo 216 bis.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ciertamente que como alega tal parte el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial informó que el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 estaba "prácticamente actualizado". Mas tal representación procesal omite señalar que tal informe se realizó el 13 de febrero de 1995 como consecuencia de una visita realizada por la Inspección el 26 de enero de 1995. Y, además, calla y silencia que, también, en el expediente administrativo consta un posterior informe del mismo Servicio de Inspección de 19 de abril de 1995 en el que teniendo en cuenta los asuntos pendientes en dicho Juzgado el 31 de marzo de 1995 afirma el Jefe de dicho Servicio que no existen obstáculos a la prórroga de la comisión de servicios del Magistrado don Manuel García-Castellón. Ciertamente, igualmente, como alega la parte recurrente, que el Juez titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 no se mostró favorable a la prórroga de la comisión de servicio del Magistrado señor García-Castellón. Mas, independientemente de que tal informe no era necesario, es lo cierto, que contra lo que manifiesta el informante, el Juzgado en cuestión no había logrado superar el retraso. El titular de dicho Juzgado no explicita en dicho informe datos sobre la situación en que se encontraban los asuntos a su cargo. Pero las estadísticas del Servicio de Inspección y el informe del Presidente de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, obrantes en el expediente administrativo, son altamente significativos de la existencia del atraso. Tampoco se

ha cometido la infracción del artículo 216 bis.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que denuncia la representación procesal de los recurrentes, pues la renovación de la prórroga no necesitaba de un nuevo Plan elaborado por la Sala de Gobierno para la actualización del Juzgado, siendo suficiente con el cumplimiento del Plan de actualización previo a la primera comisión de servicio. Al Consejo le correspondía adoptar, en caso negativo, las medidas necesarias para lograr la consecución plena de los objetivos del Plan de actualización incumplido. No puede correr mejor suerte la afirmación de la representación procesal de los recurrentes de que antes de dictarse el acuerdo de renovación de la Comisión se marginó el requisito del concurso o posibilidad de que otros Magistrados hubieran podido solicitar prestar su apoyo. Efectivamente, el artículo 216 bis.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que las Salas de Gobierno (no el Pleno del Consejo General del Poder Judicial) que proyecten el establecimiento de medidas de apoyo mediante la comisión de servicio habrán de dar adecuada publicidad a su propósito para que los Jueces y Magistrados que pudieran estar interesados en el nombramiento tengan oportunidad de deducir la correspondiente petición. Mas es obvio que tal norma no puede ser exigible cuando se trata de renovar una medida de apoyo judicial, pues sería absurdo pretender que estando actuando un Juez en comisión, como consecuencia de un retraso en el Juzgado, tuviera que paralizarse la actividad del Juzgado en tanto se resolviera el concurso. Amén de que en el presente caso no debe de olvidarse que el Magistrado señor García-Castellón al encontrarse en la situación prevista en el artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial era el Juez llamado preferentemente sobre cualquier otro posible solicitante (ex núm. 2 del art. 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).» (Sentencia de 26 de octubre de 1995, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 5815 [de 1996].)

VII. DOMINIO PÚBLICO

Costas. Reglamento de ejecución. Se declara conforme a derecho.

«Constituye el objeto de este recurso el Real Decreto 1471/1989, de 1 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución y desarrollo de la Ley 22/1988, de 28 julio, de Costas, así como su modificación posterior realizada en virtud de Real Decreto 1112/1992, de 18 septiembre. Los recurrentes, que representan intereses de sectores que operan en el campo de la acuicultura, maricultura y salinas, estructuran su impugnación desde dos perspectivas: la primera, tendente a lograr la nulidad total de ambos Reales Decretos, para lo que se basan en la omisión de determinados trámites en la elaboración de los mismos, y la segunda, dirigida a obtener la invalidez de concretos preceptos, que, a su entender, lesionan el principio de jerarquía normativa, y constituyen un exceso respecto a la habilitación concedida por el legislador al titular de la potestad reglamentaria. Con carácter subsidiario, para el caso de que las pretensiones anteriores no fueren atendidas, solicitan el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 4.3 de la Ley de Costas antes mencionada.

La nulidad total de los Reales Decretos impugnados hay que rechazarla por las siguientes razones: a) en cuanto a la denuncia de falta del trámite de información pública, porque, por una parte, el artículo 130.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo no la establece con carácter preceptivo, dejando al juicio del Ministro correspondiente su apertura o no (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 noviembre 1992 [RJ 1992, 8640]), y, por otra, porque el artículo 105 de la Constitución no la regula directamente, sino que remite a la Ley, y en el caso presente no hay ninguna regulación al respecto que haya sido infringida; b) en relación con la falta de au-

diencia de las entidades representativas de intereses afectados, porque es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que señala que la audiencia de las mismas queda limitada a Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses de carácter general o corporativo, pero no cuando se trate, como es el caso, de asociaciones voluntarias (Sentencias de 8 mayo 1992 [RJ 1992, 10675], 11, 16 y 17 octubre 1995 [RJ 1995, 7262, 7276 y 7283]), sin que quepa a las recurrentes denunciar la falta respecto de aquéllas, que de haberse producido, serían las únicas legitimadas para ponerlo en evidencia; y *c*) en cuanto a la omisión del informe preceptivo del Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación, que establece el artículo 24 de la Ley 23/1984, de 25 junio, de Cultivos Marinos, porque el mismo se refiere a anteproyectos y disposiciones que puedan incidir en ellos en cuanto tales, es decir, en su naturaleza, permisión, prohibición o extinción, como se infiere de la inclusión del artículo en el Título V de dicha Ley, bajo la rúbrica "Contaminación y Defensa Ecológica", y es obvio que los Reales Decretos impugnados se limitan a regular el régimen del dominio público marítimo, sin interferir para nada en la pervivencia de esos cultivos, aunque, como consecuencia de las nuevas normas, pueda haber cambiado en ciertos casos la calificación del suelo donde se ubiquen.

Con referencia a la nulidad de preceptos concretos, se pretende, en primer lugar, la del artículo 6.2 del Reglamento, por considerar que se vulnera el artículo 4.3 de la Ley de Costas, en cuanto éste se limita a señalar que "pertenecen al dominio público marítimo-terrestre estatal los terrenos invadidos por el mar que pasen a formar parte de su lecho por cualquier causa", mientras que aquél realiza una extensión no prevista al incluir en ese dominio público a los terrenos "naturalmente inundables, cuya inundación por efecto de las mareas haya sido impedida por medios artificiales, tales como muros, terraplenes, compuertas u otros sistemas semejantes".

Para rechazar el pretendido *ultra vires*, hay que conjugar el mencionado artículo 4.3 de la Ley con el 3.1.a), en cuyo apartado segundo considera incluida en la zona marítimo-terrestre, y, por ende, en el demanio "los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar". Con arreglo a ello, dos supuestos, aparte de otros que aquí no nos afectan, incluye la Ley como de dominio público: *a*) los terrenos invadidos por el mar que pasen a formar parte de su lecho por cualquier causa, y *b*) los terrenos bajos inundados por el mar; es decir, en ambos casos, son superficies que en forma natural resultan ocupadas por las mareas, por lo que el precepto reglamentario nada nuevo ha introducido, limitándose a aclarar que los impedimentos artificiales a una natural invasión del mar, no impedirán la calificación de demanialidad, como no podía ser menos, pues, en definitiva, sólo se trata de una manifestación de la indisponibilidad de estos bienes y de la facultad de su recuperación posesoria que corresponde a la Administración, según el artículo 10.2 de la Ley.

Se pretende, en segundo término, la nulidad del artículo 35 del Reglamento, para lo cual se argumenta que las limitaciones que los artículos 15 y 16 de la Ley de Costas establecen para el acceso al Registro de la Propiedad de las fincas situadas en la zona de servidumbre de protección, referidas exclusivamente a la inmatriculación y a las inscripciones de excesos de cabida, se amplían por la norma reglamentaria a la segunda y posteriores inscripciones, paralizando las hipotecas que los empresarios del sector tienen solicitadas, con el grave quebranto que esto supone para el desarrollo de sus actividades.

La Ley establece en aquellos preceptos las siguientes medidas: *a*) imposibilidad de practicar la inmatriculación de las fincas que colinden con el dominio público marítimo-terrestre si no se acompaña al título la certificación de la Administración del Estado que acredite que no se invade el dominio público; *b*) facultad del Registrador de requerir al interesado para que identifique y localice la finca en el plano proporcionado al efecto por dicha Administración; *c*) posibilidad del Registrador de suspender la solicitud de inscripción cuando sospeche una posible invasión del demanio marítimo, suspensión que durará hasta que la Administración expida certificación favorable, o hasta que transcurran treinta días desde la petición de oficio de

dicha certificación sin que se haya recibido contestación, o hasta que se apruebe el deslinde si éste no se hubiese practicado.

Esta serie de medidas de garantía, que tienen por finalidad impedir que terrenos que son de dominio público marítimo-terrestre tengan acceso al Registro, como si fueran de propiedad privada, son perfectamente aplicables, y con el mismo fundamento a las segundas y posteriores inscripciones, pues, en definitiva, están amparadas por el artículo 10 de la Ley de Costas, con arreglo a la cual "la Administración del Estado tiene el derecho y el deber de investigar la situación de los bienes y derechos que se presuman pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre, a cuyo efecto podrá recabar todos los datos e informes que considere necesarios y promover la práctica del correspondiente deslinde". En esta potestad-función hay que enmarcar al artículo 35 del Reglamento, cuya legalidad queda, por tanto, fuera de toda duda, aunque para ello se utilice como vía el Registro de la Propiedad, cuya naturaleza es la de un servicio público a través del cual se trata de adecuar la realidad física a la jurídica.

Se invoca, a continuación, la nulidad del artículo 22.3 del Reglamento, en cuanto restringe la participación de los interesados en el deslinde a mostrarles la delimitación provisional del dominio público mediante su apeo, impidiéndoles conocer los demás documentos incorporados.

La referida restricción no puede inducirse del precepto, que únicamente contempla la especialidad del procedimiento de deslinde, con sus propias peculiaridades, lo que lleva al reglamento a preocuparse, más como garantía que como limitación del derecho de información del administrado, de imponer al órgano que lleva a cabo el deslinde esta obligación. Una cosa es lo que la norma dice y otra la forma en que los operadores de la misma la interpretan. Si tal interpretación se realiza en la práctica, como señalan los recurrentes, en un sentido limitativo del artículo 63 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sería por vía de impugnación del acto, cuando deberá procederse a su corrección en cada caso.

La lesión de la Ley de Cultivos Marinos 23/1984, de 25 junio, que las entidades recurrentes atribuyen al Reglamento impugnado, tampoco es de apreciar. En el artículo 1 de dicha Ley, efectivamente, se reconoce la existencia de cultivos marinos tanto en bienes de dominio público como de propiedad privada. Este reconocimiento no implica, sin embargo, un estancamiento de la acción normativa en orden a definir lo que deba considerarse por dominio público marítimo-terrestre, pues, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 julio (RTC 1991, 149), tal facultad la concede la Constitución al legislador, y nada impide que con arreglo a los nuevos conceptos dados por la Ley de Costas, que es posterior a aquélla, cambie la calificación de determinadas zonas en que ciertos cultivos marinos se encuentran.

El mismo argumento sirve para eludir el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 4.3 de la Ley de Costas, cuya pretensión ha sido solicitada con carácter subsidiario por los recurrentes, debiendo añadirse que la Sentencia del Tribunal Constitucional mencionada —fundamento jurídico 2.º— señala que "no cabe imputar exceso alguno al legislador en ninguna de las determinaciones que los distintos apartados del artículo 4 hacen".

Se pide a esta Sala que se ordene que se inserte en el artículo 22.3 del Reglamento el reconocimiento del derecho de los interesados a todo el contenido del expediente iniciado, y en las disposiciones transitorias o en el mismo artículo 6.2 la aclaración de que las salinas y establecimientos industriales de maricultura debidamente autorizados no pasarán a pertenecer al dominio público marítimo estatal. Tal pretensión debe rechazarse, pues no es función propia de esta jurisdicción sustituir la potestad reglamentaria que corresponde a los órganos administrativos competentes —en el caso de los Reales Decretos impugnados, al Gobierno—, siendo su única misión, de acuerdo con el artículo 1 de su Ley Reguladora, conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley.» (*Sentencia de 17 de julio de 1996, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 6429.*)

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Servidumbre de gasoducto. Conceptos indemnizatorios derivados de la imposición de servidumbre de gasoducto, que es una afección concreta y singular. Analogía con la servidumbre de energía eléctrica y consideración del aprovechamiento concreto de la finca.

«Por la representación procesal de la "Empresa Nacional del Gas, SA" ("Enagas"), y en su condición de parte adherida a la apelación don Bernardino Luis Ll. A., se recurre en apelación la sentencia dictada por la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que desestima su recurso contencioso-administrativo deducido, impugnando acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Asturias, que justiprecian la finca reseñada como O-LA-108, propiedad de don Bernardino Luis Ll. A. y sita en el término de La Vega, concejo de Llanera, expropiada por la Consejería de Industria, Comercio y Turismo, con motivo de las obras de la "Construcción de la Red de Distribución de Gas Natural en Asturias" de la que es beneficiaria la empresa recurrente, acuerdos que han sido anulados parcialmente por la sentencia apelada al desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Enagas, SA" y estimar parcialmente el recurso interpuesto por la propiedad de los terrenos afectados. Disienten los apelantes de la solución jurídica dada a sus pretensiones en la instancia aduciendo para ello las diversas razones que seguidamente serán examinadas.

En primer lugar, por lo que se refiere a la alegación formulada por "Enagas, SA" relativa a la aplicación analógica a esta clase de servidumbre de la normativa legal del paso o imposición de servidumbre de energía eléctrica, hay que señalar que, como tiene declarado esta Sala y Sección en Sentencia de 5 mayo 1995 (RJ 1995, 3608), ante la falta de regulación normativa en esta materia, no puede reputarse desafortunada e inoperante, pues dejando a salvo las diferencias claramente existentes entre una servidumbre y otra, las limitaciones que impone la servidumbre de paso permanente de gasoducto, pueden ser equiparables a las de energía eléctrica y así se razona, que la depreciación puede estimarse aplicando no ya sólo los criterios de equidad sino también la evidente analogía con los artículos 12.2.b) de la Ley 10/1996, de 18 marzo, de expropiación forzosa en materia de instalaciones eléctricas y 32.2 de su Reglamento, que disponen que la indemnización por demérito comprenderá el que se cause en el predio sirviente con expresa alusión a su posible carácter subterráneo; las limitaciones en el uso y aprovechamiento de aquél y las restricciones exigidas para la seguridad. Ello no obstante, conviene también precisar que los conceptos indemnizatorios que en la citada Ley 10/1966 se contemplan no han de ser indemnizados en todo caso, cualesquiera que sean las circunstancias del caso concreto, pues como afirma la Sentencia de esta Sala y Sección de 27 junio 1995 (RJ 1995, 4792) ello no es sostenible ni en los supuestos de servidumbre de gasoducto, ni en los supuestos de servidumbre de paso de energía eléctrica, y así lo tiene declarado también esta Sala y Sección en Sentencias, entre otras, de 23 mayo 1994 (RJ 1994, 4278) y 20 junio 1994 (RJ 1994, 4875) en lo que a las primeras se refiere y de 7 junio 1993 (RJ 1993, 4366) en lo que a servidumbre de paso de energía eléctrica atañe. Así pues, para que tales conceptos indemnizatorios, independiente de la denominada franja de seguridad, puedan ser tomados en consideración y, en su caso, apreciados, ha de resultar debidamente acreditado ya que no se infieren necesariamente del artículo 12 de la repetidamente citada Ley 10/1966, pues nada se opone en principio y sin necesidad de acudir a criterios analógicos, por no existir laguna legal en el caso concreto, ya que existe norma aplicable, los artículos 36 y 25 de la Ley de Expropiación Forzosa suficientemente aclarados en su interpretación por la constante jurisprudencia de esta Sala, sobre los conceptos indemnizatorios que en la Ley 10/1966 se contemplan, ya que todos ellos pueden predicarse, en prin-

cipio, de las expropiaciones por servidumbre de gasoducto, al no poderse olvidar que la jurisprudencia ha reiterado que todos los daños y perjuicios patrimoniales ocasionados al expropiado que resulten imputables a la expropiación son indemnizables como una partida especial del justiprecio.

Así las cosas, como quiera que la problemática que se suscita en este proceso está referida a la valoración de los terrenos afectados por la expropiación forzosa para la implantación de una servidumbre de paso de gasoducto, ha de considerarse a este respecto que ya la jurisprudencia ha venido entendiendo que la afección derivada de la construcción de un gasoducto, con las limitaciones que impone, no son limitaciones administrativas de derechos, establecidas con carácter general en determinadas normas de tal naturaleza, sino afecciones concretas y singulares que por derivar de una actuación específica, han de resultar indemnizables, atendido el amplísimo concepto que de la expropiación forzosa ofrece el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (entre otras, Sentencias de esta Sala de 28 abril 1986 [RJ 1986, 2055], 23 noviembre 1989 [RJ 1989, 7822], 5 julio 1990 [RJ 1990, 5838] y 28 junio 1992 [RJ 1992, 4725]). En concreto, dichas afecciones consisten en una ocupación permanente del terreno, que afectará a los dos metros bajo los cuales discurre el gasoducto (uno a cada lado de su eje) y cuya ocupación equivale por sus fuertes limitaciones a una verdadera desposesión de esa faja de terreno, y el resto de la faja del terreno afectado, en que habrá de distinguirse, por un lado, otros dos metros, en los que se prohíben labores de cualquier clase que superen una profundidad de cincuenta centímetros y, por otro, cinco metros más de cada lado, contados, como todos los demás, a partir del eje del gasoducto, en los que se prohíbe levantar edificaciones o construcciones de cualquier tipo. Dicho esto, hay que tener en cuenta que, como dice la Sentencia de esta Sala y Sección de 20 junio 1994, aun cuando toda implantación de servidumbre en la finca incide en su valor potencial en cuanto sobre el señorío del propietario se superpone la voluntad ajena que limita sus facultades de dominio, las peculiares características de esta clase de servidumbre de gasoducto, al estar enterrado, hacen que deba atenderse a cuál sea el uso y aprovechamiento del terreno en cuestión a los efectos de determinar el grado de incidencia del demérito en cuanto a la parte de la finca no afectada por la servidumbre, bien entendido que, como afirma la Sentencia de 28 junio 1992 citada, no procederá la minoración del valor del terreno sobre el que se impone la servidumbre de paso, por la que ha de discurrir enterrado el gasoducto y sus elementos accesorios, dado que las graves limitaciones que la misma implican equivalen a una privación total del dominio, como se ha dicho. En el presente caso, la Sala sentenciadora, teniendo en cuenta los dictámenes periciales evacuados en la instancia, fija el precio del metro cuadrado a razón de 1.000 ptas., al que se aplica el módulo del 100 por 100 para la franja de dos metros bajo los cuales discurre el gasoducto (uno a cada lado del eje), a lo largo de 177 m., y del 50 por 100 tanto para la zona de afección de dos metros a cada lado del eje como para la zona de influencia de cinco metros también a cada lado del eje. En este sentido, esta Sala considera proporcionado dicho valor de 1.000 ptas./m² teniendo en cuenta que para su fijación el Tribunal *a quo* ha tenido en cuenta el promedio de los valores asignados en los informes periciales obrantes en autos y que lo sitúan entre 990 ptas./m², 1.000 ptas./m² y 1.050 ptas./m², siendo por tanto casi coincidentes unos y otros. Y la aplicación del módulo del 100 por 100 del valor que hace el Tribunal *a quo* respecto a la franja de dos metros bajo los cuales discurre el gasoducto (uno a cada lado del eje), a lo largo de 177 m. —en lugar del módulo del 90 por 100 que aplica el Jurado— se estima correcta y proporcionada habida cuenta que la servidumbre permanente equivale a una expropiación total del suelo bajo el que discurre, como así se ha determinado jurisprudencialmente (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 mayo 1985 [RJ 1985, 2306] y 18 y 21 marzo 1986 [RJ 1986, 1401 y 1405], entre otras). En cambio, no tan afortunada considera esta Sala la fijación de los valores que hace la sentencia apelada en relación a las demás zonas de afección a las que alcanza la servidumbre en cuestión, por lo que procede rectificar los criterios valorativos de aquélla. Y así, en cuanto a la zona de

afección de cinco metros a cada lado del eje del gasoducto, teniendo en cuenta las limitaciones a que se ve sometida, ya que se impide efectuar trabajos de azada, cava u otros análogos, si exceden de una profundidad de 59 centímetros, así como el plantar árboles o arbustos de tallo alto y levantar edificaciones o construcciones de cualquier tipo, la Sala de instancia señala un demérito del 50 por 100 del valor del terreno afectado. Ahora bien, sin desconocer esa evidente depreciación, habrá de ponerse en relación con el destino de la finca (rústica, actualmente a prado, según el Acta de ocupación y "suelo no urbanizable genérico" según las Normas Subsidiarias vigentes en el momento de la expropiación) e, incluso, con las posibles expectativas que racionalmente pudiera tener en un futuro próximo (en este caso no consta ninguna). Así pues, si el destino es a prado y no tiene expectativas urbanísticas concretas y a corto plazo, salvo las agrícolas o pecuarias, sin que tampoco se hubiera demostrado que en el resto de finca, que queda libre de la consecuencia de la servidumbre, resultara imposible toda edificación, la Sala estima excesivo valorar dicha franja de terreno en el 50 por 100 fijado, porque, en definitiva, el perjuicio que se causa a la dedicación actual rústica es relativamente muy limitado, pues la labor a la que la finca es destinada puede continuar en el mismo grado y con la misma intensidad. Ese 50 por 100 fijado sólo fue aplicado por esta Sala cuando se trató de terrenos urbanos o urbanizables en los que las posibilidades constructivas eran reales. Por ello, se estima más equitativo el 25 por 100 que señala el Jurado, si bien sobre la base o módulo valorativo que la prueba pericial ha puesto de relieve. Resta, finalmente, por analizar el supuesto demérito que se dice por el expropiado ocasionado en el resto de la finca y que la Sala de instancia lo calcula sobre un 5 por 100. Esta Sala no puede aceptar en principio el reconocimiento de que el resto de los 26.572 metros de finca (descontados los ya objeto de valoraciones anteriores) se ven afectados por la servidumbre de acueducto subterráneo en virtud de que la finca queda dividida en dos partes que hace difícil un buen aprovechamiento de la misma, porque si la finca referida se destina a prado, esa línea divisoria difícilmente va a perjudicar "realmente" al resto de la pradería. Ello no obstante, como quiera que es sobre este particular concreto que se opone el expropiado a la sentencia apelada en el sentido de solicitar el incremento de la indemnización por demérito hasta un 10 por 100, procedería dejar sin efecto la indemnización reconocida por el improcedentemente apreciado demérito, pero la proscrita *reformatio in peius* nos obliga a confirmar en este punto también la sentencia apelada.» (*Sentencia de 20 de junio de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 4892.*)

IX. SERVICIO PÚBLICO

A) *Administración Local. Tarifas de servicio público mortuorio prestado en régimen de monopolio por empresa mixta. Aprobación por el Pleno de la Corporación, debido a su carácter de tasa. Ausencia de tutela autonómica.*

«Por el Ayuntamiento de Vigo, se interpone recurso de casación, al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 septiembre 1992, que desestimó el recurso interpuesto por dicha Corporación contra Acuerdo de la Consejería de Presidencia y Administración Pública de la Junta de Galicia de 28 junio 1990, que declaró no haber lugar a autorizar la modificación de tarifas de los servicios prestados por la Empresa Mixta de Servicios Mortuorios de Vigo ("Emorvisa"), aprobada por Acuerdo de la Corporación recurrente de 23 febrero 1990.

Previamente al examen de los motivos de oposición aducidos por el Ayuntamien-

to de Vigo ha de advertirse que también ha comparecido en este recurso la Empresa Mixta "Emorvisa" cuya personación en primera instancia le había sido rechazada al haber comparecido como coadyuvante de la propia Corporación recurrente, y que en este recurso se ha personado como parte recurrida, no obstante lo cual formula un escrito de oposición en el que se adhiere a los motivos de casación opuestos por el Ayuntamiento de Vigo, y solicita que se dicte sentencia en que se case la recurrida, por lo que, independientemente de que no aporte argumentos distintos de los ya expuestos por la parte recurrente, su escrito no debe ser tomado en consideración.

Como primer motivo de casación alega la parte recurrente que la sentencia de instancia ha interpretado erróneamente los artículos 137 y 140 de la Constitución, 148 y 151.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (en adelante RSCL), y ha omitido la aplicación de los artículos 38 de la Constitución, 1 a 8 del Decreto 2695/1977, 86.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL), 107.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y artículo 4 de la Orden Ministerial 23 diciembre 1987.

Frente al criterio de la Junta de Galicia y de la sentencia de instancia, que sostiene que la modificación de las tarifas de los servicios prestados por la Empresa Mixta de Servicios Mortuorios de Vigo ("Emorvisa") ha de ser aprobada por la correspondiente Consejería de dicha Comunidad, por tratarse de servicios de carácter mercantil sujetos a dicho control por el artículo 148 RSCL, la Corporación recurrente afirma su competencia exclusiva para la modificación de las tarifas, alegando que aunque se trate de un servicio prestado en régimen de monopolio, el control de la Comunidad Autónoma debe limitarse, conforme al artículo 86.3 LRBRL, a la decisión de establecer ese régimen, pero no puede alcanzar a todas las actuaciones producidas en su desarrollo, que están amparadas por el principio de autonomía municipal consagrado en los artículos 137 y 140 de la Constitución. A su juicio, la locución "en su caso", utilizada en el artículo 148 RSCL, remite a los supuestos en que con arreglo a la legislación general sobre control de precios, se trate de precios sujetos a autorización previa y, como en la fecha en que se produjo el acuerdo de modificación de tarifas de "Emorvisa", dicha legislación estaba constituida por el Decreto 2695/1977, de 28 octubre, en el cual no se incluían los correspondientes a los servicios mortuorios, ha de concluirse que dichos precios son libres y, por lo tanto, no puede reconocerse a la Administración autonómica ninguna función de control sobre la materia.

El criterio de interpretación del artículo 148 RSCL que defiende el Ayuntamiento recurrente es compartido por esta Sala.

El artículo 86 LRBRL se refiere, lo mismo que el artículo 97 TRRL, a la posibilidad de las entidades locales de ejercer la iniciativa pública en la actividad económica, conforme a lo previsto en el artículo 128.2 de la Constitución y a la decisión de realizar esa actividad, bien en régimen de libre competencia, bien en el de monopolio, por lo que la aprobación que en este último caso se requiere del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, se refiere al acuerdo de actuar en régimen de monopolio, pero no a los posteriores actos a que el ejercicio de la actividad dé lugar, porque la actividad sigue siendo municipal y la prestación en régimen de monopolio no la transforma en una actividad tutelada por la Comunidad Autónoma.

Por otra parte, si todas las tarifas exigibles como contraprestación de servicios de carácter mercantil o industrial estuvieran sometidas a la tutela de la Administración Central o Autonómica, sobraría la expresión "en su caso" que utiliza el artículo 148 RSCL. El precepto se refiere a actividades municipales de carácter mercantil o industrial prestadas, en concurrencia con la iniciativa privada o en régimen de monopolio (para este precepto el régimen de prestación es indiferente), pero en el ámbito de la actividad económica, por lo que si en este ámbito los precios están sujetos a control, no podían dejar de estarlo porque la actividad se desempeñara por una entidad local. En definitiva, el citado artículo remite a la legislación general sobre control de precios, muy estricta en la fecha en que se publicó el RSCL, pero reducida en la del acuerdo de modificación de tarifas que da lugar al presente proceso, al

régimen establecido por el Decreto 2695/1977, de 28 octubre, que impone para determinados precios, entre los que no se encuentran los correspondientes a la prestación de servicios mortuorios, un sistema de control basado en la necesidad de solicitar autorización o simplemente comunicar los precios correspondientes. Esta correspondencia con la legislación general sobre control de precios está claramente reconocida en el artículo 107.1 LRBRL, que únicamente somete al control de las Comunidades Autónomas (o de otra Administración competente) la determinación de las tarifas en que así sea necesario, con arreglo a la legislación sobre política general de precios.

Sin embargo, ello no significa que las tarifas exigibles por "Emorvisa" puedan ser fijadas por el Ayuntamiento de Vigo con absoluta libertad. Se trata de tarifas exigidas por un servicio prestado por empresa mixta con carácter de monopolio por lo que aquellas, conforme al artículo 155.1 y 3 RSCL tienen naturaleza de tasa, y ello remite, en cuanto a la forma, a la necesidad de aprobar una Ordenanza fiscal para su exacción y, en cuanto al fondo, al límite establecido en el artículo 24 de la Ley 39/1988, de 28 diciembre, reguladora de las Haciendas locales, de que su importe no exceda, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate, coincidente en este caso, por tratarse de la prestación de un servicio de primera necesidad, con el establecido en el artículo 149.4 RSCL.

Las tarifas objeto de controversia en este proceso han sido reguladas por el Ayuntamiento de Vigo como si se tratara de un precio público y no de una tasa, pero esto no es materia del presente recurso de casación, que se concreta en las posibilidades de intervención que sobre ellas tiene la Junta de Galicia y, desde esta perspectiva, es claro que, conforme a los artículos 49 y 111 LRBRL, la competencia para la aprobación de Ordenanzas locales corresponde exclusivamente al Pleno de la Corporación, habiéndose suprimido, desde la Ley 40/1981, de 28 octubre, las facultades de fiscalización que, respecto a los acuerdos de las Corporaciones locales aprobatorios de Ordenanzas fiscales, correspondían, según el artículo 723 de la Ley de Régimen Local, a los Delegados de Hacienda, por lo que el acuerdo impugnado por el Ayuntamiento de Vigo debe ser anulado, previa estimación del presente motivo de casación.» (*Sentencia de 3 de mayo de 1996, Sala 3.ª, Sección 2.ª, Ar. 4282.*)

B) *Energía eléctrica. Derechos de suministro en baja. Gastos de instalación y gastos de acometida.*

«Dos son las cuestiones que se suscitan en el presente recurso: a) si la empresa recurrente debe ser compensada económicamente de los derechos de acometida eléctrica solicitada, resultantes de los presupuestos que obran en los respectivos expedientes administrativos, y en el que se comprenden los costes de las nuevas instalaciones precisas para atender la solicitud de suministro —tesis de la entidad suministradora y de la sentencia apelada—, o, por el contrario, como sostiene la Administración apelante, sólo se puede incluir en el presupuesto la acometida individual, y b) si dicha empresa debe mantener el suministro provisional de energía eléctrica hasta que se finalice la extensión definitiva.

En relación con la primera cuestión, se trata, en definitiva, de resolver las discrepancias que se han venido planteando entre los particulares y las empresas eléctricas respecto de la interpretación que deba darse a la obligación que a éstas impone el artículo 87 del Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía, aprobado por Decreto 12 marzo 1954, de efectuar las ampliaciones necesarias para atender las exigencias del mercado eléctrico en las zonas que estén servidas por dichas entidades distribuidoras, adaptando a la nueva normativa urbanística la especificación de los lugares a los que deba extenderse dicha obligación, conforme a su artículo 88, y, de otro lado, concretar, confor-

gía eléctrica con cargo a las empresas que prestaren los servicios, salvo la parte que deban contribuir los usuarios según la reglamentación de aquéllos”, y ello porque dentro de la unidad de ejecución en cuyo interés se ejecuta la urbanización —conforme a este último precepto—, habrá dotaciones que no sólo beneficien a tales propietarios, sino a toda la colectividad.

En conclusión, debe en este extremo revocarse la sentencia apelada, desestimando los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra los actos recurridos, sin que a ello se oponga lo dispuesto en los artículos 8 y 9 del Reglamento de Acometidas, que deben ser interpretados partiendo de lo que ha de entenderse por “derecho de acometida”, en la forma que ha quedado expuesta.» (*Sentencia de 11 de junio de 1996, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ar. 5409.*)

X. ECONOMÍA

Casinos. La calificación del juego como actividad privada de interés general justifica las limitaciones a la libertad de empresa, atendiendo a otros valores y bienes constitucionales que deben ser protegidos por la intervención pública.

«Debe prosperar y así lo declara la Sala el recurso de casación interpuesto por el señor Abogado del Estado, en la representación que ostenta, porque la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 febrero, y en la Orden Ministerial 9 enero 1979, que aprobó el Reglamento de Casinos de Juego, disposiciones interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —conforme a los criterios expuestos en las Sentencias 14 y 21 abril 1992 (RJ 1992, 2902 y 4104) entre otras varias—, por las siguientes razones: 1.ª) Porque como pone de manifiesto el recurrente existe un error en la sentencia recurrida, en relación con la interpretación y aplicación de la normativa que regula la concesión de Casinos de Juego, error que parte de una desviada consideración acerca del sentido de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de empresa, así como de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo. En efecto, es obvio que las actividades relativas al juego si bien tienen predominantemente carácter privado, como reiteradamente proclama la sentencia de instancia, no pueden ser consideradas como actividades empresariales “normales” toda vez que sus condiciones de ejercicio vienen rigurosamente reglamentadas por la Ley, como consecuencia sin duda de su “interés” general, ya que no se trata de actividades empresariales “normales” que vayan dirigidas a la realización de funciones de carácter productivo. No es por tanto aceptable el criterio de que el titular del Casino sea un simple empresario que como tal asuma los riesgos propios de toda empresa mercantil, sin que haya o se justifique un interés público, puesto que una normativa constante viene acusando la intervención del Estado, en materia de juego, que revela la existencia de una protección a intereses superiores de carácter general que justifica dicha intervención. Nos hallamos, en definitiva, como recuerda el recurrente, en presencia de la existencia de intereses bien definidos por parte de las personas que explotan la afición al juego, actividad que por su naturaleza, ha de ser intervenida por los poderes públicos, en aplicación de principios y valores contenidos en nuestro texto constitucional como son los relativos a la protección de los derechos de consumidores y usuarios (art. 51 de la Constitución), protección que se extiende a los intereses de las personas, con un amplio alcance, que abarca desde su salud física y mental hasta la defensa de los derechos económicos. Esto justifica una normativa decididamente intervencionista en materia de regulación de juego que se refleja en algunos preceptos tan concretos como los invocados por el recurrente. El artículo 4.2 del

Real Decreto-ley 16/1977, de 25 febrero, autoriza al Ministerio de la Gobernación para establecer reglas especiales en cuanto a la constitución y funcionamiento de las sociedades de Casinos de Juego; y este Decreto se complementa por el 444/1977, de 11 marzo, en el que taxativamente se establece que las autorizaciones para la instalación, apertura y funcionamiento de Casinos de Juego se otorgarán discrecionalmente por el Ministerio de la Gobernación, ateniéndose a la planificación de conjunto que respecto a la totalidad del territorio nacional apruebe el Gobierno, a propuesta de los Ministerios de la Gobernación y de Información y Turismo. 2.º) Por Orden 1 junio 1977 se dictó, en ejecución de lo dispuesto en los preceptos anteriormente citados, el Reglamento Provisional de Casinos de Juego. En este Reglamento y en sus artículos 3 y siguientes se regulan las autorizaciones para la instalación de los Casinos de Juego. El otorgamiento de estas autorizaciones tiene que ser solicitado del Ministerio del Interior, en la forma que concretamente previene el artículo 6. Y con arreglo al artículo 7 las solicitudes deben ir acompañadas con carácter ineludible de unos documentos en los que hay que especificar las distintas circunstancias que concurren tanto en los socios, como en los propios locales y en la actividad que en los mismos piensa desarrollarse. Estas normas —como dice el recurrente— constituyen la preceptiva cobertura legal, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de este Tribunal, y que en el caso concreto que nos ocupa no puede ser desconocida. No tiene, por tanto, razón la Sala cuando afirma que por tratarse de una empresa mercantil, el empresario de los Casinos de Juego actúa a su ventura sin que haya o se justifique un interés público que exija el éxito de la empresa, pues no se gestiona ningún servicio público ni se desempeña actividad de titularidad pública alguna, bastando, por ejemplo, los requisitos de caja para garantía de clientes y de la propia Administración, a efecto sancionador. No es éste el criterio legal. A las solicitudes para la apertura del Casino hay que acompañar un estudio económico-financiero que comprenderá como mínimo, un estudio de la inversión, con desglose y detalle de las aportaciones que constituyen el capital social, descripción de las fuentes de financiación, previsiones de explotación y previsiones de rentabilidad. Y es precisamente la insuficiencia del estudio económico-financiero lo que determinó a la Comisión Nacional de Juego, de conformidad con el informe del Gabinete Técnico, a considerar que el presentado por el "Casino de Asturias, SA", carecía de los mínimos requisitos para poder ser considerado como tal y para servir de base a una evaluación objetiva. Por cuya razón estimó que no cumplía lo dispuesto en el artículo 7.i) del Reglamento ni podía ser evaluado conforme a los apartados f) y g) del punto 4.º de la Orden Ministerial 815/1988 por lo que procedía rechazar la solicitud de apertura. Esta intervención administrativa está plenamente justificada y vigente en la actualidad por lo que, como afirma el recurrente, se ha infringido en la sentencia recurrida lo dispuesto en el Reglamento de Casinos de Juego, que respeta el principio de libertad de empresa, pero que en apoyo del interés general establece unos condicionamientos que deben cumplirse por parte de los solicitantes, entre ellos el específicamente estudiado anteriormente. Por ello hay que estimar que no se tienen en cuenta en la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* estos principios intervencionistas, que están vigentes en la actualidad, y que han de ser estrictamente observados. Se rechazó la solicitud en atención a los mismos y hay que estimar suficientes y satisfactorios los razonamientos expuestos en la Orden recurrida en el recurso contencioso-administrativo. Ello es así porque entre los distintos principios jurídicos de carácter fundamental, que tiene en cuenta la Administración, y que se reflejan en la normativa que ha sido inaplicada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha de pensarse, como observa el recurrente, que en el sector del juego las medidas que puedan ser consideradas como limitativas o que dificulten el libre desarrollo de la actividad empresarial en tanto estén justificadas, como lo están las contenidas en las disposiciones impugnadas, en la protección de los usuarios de los Casinos, han de prevalecer sobre el principio de libertad de empresa. Así lo ha puesto de manifiesto la Jurisprudencia de este Tribunal contenida en algunas Sentencias, tales como las de 14 y 21 abril 1992, que se citan

por vía de ejemplo y a tenor de las cuales la trascendencia social de los juegos de azar, cuya repercusión económica representa un tanto por ciento elevado de las cantidades que los españoles destinan al juego, hace necesario un exhaustivo control administrativo y regulación minuciosa de tal actividad, dado el gran impacto que la misma tiene sobre las economías de un gran sector de la población, impacto que no es necesario destacar. Razones en atención a las cuales debe ser estimado el recurso de casación y casada y anulada la sentencia de instancia.» (*Sentencia de 3 de junio de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 4729.*)

XI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Comunicación previa. Carácter subsanable de la falta de cumplimiento del trámite. Principio antiformalista.

«La temática que plantea el presente recurso de casación, interpuesto contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Palma de Mallorca, de fecha 3 febrero 1994, por el que se desestimó la súplica entablada contra la Providencia de 12 enero del mismo año, que había acordado el archivo de las actuaciones como consecuencia de no haber acompañado con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, la comunicación previa establecida en los artículos 110.3 de la Ley 30/1992 y 57 de la Ley Jurisdiccional y haber formulado efectivamente aquélla transcurrido el plazo de interposición y amparado en el motivo tercero del artículo 95.1 de la Ley última citada, se contrae a la concreta determinación de si el incumplimiento por el recurrente de la comunicación previa al órgano administrativo del que emanó el acto impugnado resulta un defecto procesal subsanable o insubsanable y como sobre tan particular tema se ha pronunciado ya esta Sala (*Sentencia de 22 abril 1996 [RJ 1996, 3344]*), así como el Tribunal Constitucional (*Sentencias de 20 y 21 mayo 1996 [RTC 1996, 83 y 84]*), resulta obligado el seguimiento del criterio en ellas establecido, en las que se ha declarado que la formalista y literal interpretación de la comunicación previa a que se refiere el apartado 3 de la Ley 30/1992 formulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares "no resulta conforme a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva...", debiendo en todo caso configurarse la omisión de la referida comunicación previa como un defecto subsanable.

La argumentación precedente, que no necesita de mayor desarrollo, en cuanto supone la reiteración de un criterio interpretativo uniforme que declara, repetimos, defecto subsanable el incumplimiento del cuestionado presupuesto procesal, siquiera debamos remitirnos a la fundamentación jurídica que incorporan las calendadas sentencias, determina la estimación del recurso de casación que decidimos, por haber quebrantado las formas esenciales del juicio, infringiendo el artículo 24.1 de la Constitución, habiendo causado indefensión a la parte recurrente y, en consecuencia, procede, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 102.1.2.º de la Ley Jurisdiccional, la casación de las resoluciones judiciales impugnadas y la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la Providencia de 12 enero 1994, en la que se acordó el archivo, a fin de que el Tribunal de instancia, considerando subsanado el defecto procesal de no haber acompañado al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo la comunicación previa de dicha interposición al órgano administrativo competente, continúe la tramitación del proceso en la forma que la ley establece.» *Sentencia de 22 de julio de 1996, Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ar. 5659.*)

KII. RESPONSABILIDAD

Daños causados por la constitución de aval para obtener la suspensión de un acto posteriormente anulado. Pueden ser lesión resarcible, excepto si la sanción es anulada por cuestiones ajenas a la infracción que la motivó.

Vid. II. ACTO ADMINISTRATIVO. C) Suspensión. (Sentencia de 17 de mayo de 1996, Sala 3.ª, Sección 1.ª, Ar. 5292.)

Tomás FONT I LLOVET
Joaquín TORNOS MAS