

CRONICA DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por
RAFAEL ENTRENA CUESTA
TOMÁS FONT I LLOVET
JOAQUÍN TORNOS MAS

I. ACTO ADMINISTRATIVO

1. Motivación

Tres sentencias deben ser destacadas acerca de este requisito formal del acto administrativo:

A) En primer lugar, la de 18.10.00, Ar. 8170, en la que, ante la ausencia de motivación del acto por el que se deniega la cesión para cultivo de unos terrenos, en contra de lo que venía siendo práctica habitual en los años anteriores y dado el argumento de la parte recurrente según el cual la motivación resultaba innecesaria por ejercitarse facultades discrecionales de la Administración, se argumenta que *«lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo —concluye—, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales —art. 103.1 de la Constitución española— y, por tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita»*. De esta suerte se sigue la línea jurisprudencial establecida en sentencias de 14 de abril, 5 y 12 de mayo, 14 de septiembre y 11 de noviembre de 1994, y en las más recientes de 19 de noviembre y 11 de diciembre de 1998, y 24 de febrero de 1999.

B) Especialmente interesante es la sentencia de 03.11.00, Ar. 8588, que, reiterando la doctrina establecida por la de 10.07.00, Ar 4792, entiende, en relación con la resolución de un concurso: *«a) que la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el*

órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos; b) que tal exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones; y c) que con esa exigencia no se trata de sustituir el criterio técnico de la Administración, sino de conocer en qué ha consistido éste y cuáles han sido los datos determinantes de la decisión».

C) En fin, la sentencia de 10.10.00, Ar. 7775, precisa que cuando un órgano jurisdiccional, legalmente competente para revisar la actuación administrativa, se limita a exigir de la Administración que refleje en sus resoluciones los motivos determinantes de la decisión adoptada no sustituye el criterio técnico de la Administración, sino que, simplemente, trata de hacer que ésta explique en qué se ha fundado para adoptar una determinada resolución, dando, de este modo, la oportunidad a los afectados para conocer los motivos que la han inspirado y poder recurrirla ante los órganos judiciales, quienes, caso de impugnación, estarán así en condiciones de apreciar fundamentalmente si se ha actuado dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

2. Notificación

De acuerdo con sus anteriores y reiterados pronunciamientos, entiende el Tribunal Supremo, de una parte, que *los requisitos en materia de notificaciones forman parte del propio derecho a la tutela judicial efectiva*, pero matiza que no toda deficiencia en la práctica de las notificaciones implica una vulneración del artículo 24.1 CE (S. 29.07.00, Ar. 7606). Así, no cabrá considerar defectuosa una notificación practicada a una empresa distinta de la destinataria cuando *se dan todos los indicios necesarios, según las reglas del criterio humano, para sacar la conclusión (según el art. 1253 del Código civil) de que la empresa interesada tuvo pleno conocimiento de la notificación recibida por aquélla (S. cit.)*.

En el mismo sentido de ponderar las consecuencias de los defectos en la notificación a la luz de las circunstancias concurrentes, merece especial mención la S. 09.10.00, Ar. 8242, que, al haber observado el demandante *una conducta abiertamente obstructiva frente a la actuación de la Administración, negándose a recoger las notificaciones que se le efectuaban en el curso del expediente*, precisa que *en tales circunstancias no es sostenible la tesis de que la notificación efectuada pueda ser considerada defectuosa, con la consecuencia de que únicamente haya de surtir efecto a partir del momento en que el administrado se dé por notificado al interponer recurso de alzada*. Y todo ello porque *la negativa a recibir el interesado una notificación de este tipo, debidamente acreditada, equivale al acto de la notificación misma, con absoluta independencia de que se le lea o no su contenido en ese acto, lo cual es totalmente innecesario*, en virtud de lo cual no es necesaria la comunicación a través de los Boletines Oficiales que reclama el demandado.

3. *La imprescriptibilidad de la acción de impugnación de los actos nulos de pleno derecho*

Frente a la doctrina reiteradamente sustentada por el Tribunal Supremo, en el sentido de que la acción de impugnación de los actos nulos de pleno derecho es en todo caso imprescriptible, la más reciente jurisprudencia, en la que se inscriben las Ss. 31.05.00, Ar. 7549, y 29.06.00, Ar. 6953, se pronuncia en el sentido de que es más reiterada y constante la doctrina según la cual la imprescriptibilidad sólo es predicable respecto de la acción que se ejercita en vía de revisión de oficio, mientras que en el caso de acciones jurisdiccionales el recurrente ha de someterse a los plazos procesales correspondientes, ya ejercite directamente la acción de nulidad ante los Tribunales, ya acuda a ellos contra la resolución denegatoria de la Administración a quien se reclamó que la declarara.

4. *Revisión de oficio*

Por otra parte, lo que se acaba de exponer no comporta que, invocada la nulidad de pleno derecho, la Administración haya de proceder ineludiblemente a revisar de oficio el acto afectado de tal grado de invalidez. Pues, en consonancia con las numerosas sentencias en las que nuestro más alto Tribunal ha puesto de relieve la singularidad de este cauce de revisión de los actos administrativos, argumenta el Tribunal Supremo que «razonado que el ejercicio de la acción de nulidad era contrario a derecho, conforme a lo establecido en el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo —hoy, 106 L. 30/1992— la Sentencia de Instancia no tenía que entrar a examinar los concretos motivos de nulidad en que pretendía basarse dicha acción, como en la propia sentencia se expresaba...», por lo que no cabe apreciar la incongruencia omisiva alegada en casación (S. 23.10.00, Ar. 9001) (R.E.).

II. INICIATIVA ECONÓMICA PÚBLICA EN LA PROMOCIÓN Y REHABILITACIÓN DE VIVIENDAS

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, Ar. 8853, conoce una vez más de la cuestión relativa al alcance del principio de libre iniciativa económica de los poderes públicos reconocido en el artículo 128.1 de la Constitución. En esta ocasión se trata de la previsión contenida en los Estatutos sociales del Instituto Valenciano de la Vivienda, SA —recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de la teoría de los actos separables—, según la cual el objeto de dicha sociedad pública consiste, entre otros aspectos, en la rehabilitación y promoción de viviendas, en especial las de protección oficial, tanto de promoción pública como privada. Este extremo fue impugnado por una asociación profesio-

nal de promotores y constructores y fue resuelto inicialmente por el TSJ de Valencia estimando que se vulneraba el orden competencial y estatutario de competencias de la Comunidad Autónoma y el régimen de ejercicio de la iniciativa económica pública en este sector: para el TSJ, sólo sería posible la intervención autonómica en el campo de la vivienda social y cuando ésta venga exigida por razones de interés público, pues la presencia de la iniciativa pública con carácter general en el sector de la vivienda puede alterar las reglas de la libre competencia.

Frente a esta opinión, la Sentencia del Supremo comentada, siguiendo la doctrina ya sentada en la anterior de *17 de junio de 1998, Ar. 4770*, para un supuesto de sociedad urbanística municipal, entiende que no es exigible acreditar la inexistencia o insuficiencia de la actividad privada para justificar la creación de sociedades urbanísticas públicas. Los posibles riesgos que pudieran producirse sobre ayudas públicas o ventajas financieras para estas sociedades deberían, en caso de hacerse efectivos, merecer la intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia, pero no un control preventivo de la jurisdicción contenciosa sobre la simple previsión de poder intervenir en el campo de la vivienda; incluso si no se limita a los supuestos de viviendas sometidas al régimen legal de protección oficial, pues no sólo con ellas se satisface la necesidad de construcción de viviendas de carácter social para su ofrecimiento a personas con bajo nivel de renta.

La argumentación del Tribunal Supremo se refuerza con la referencia a los Estatutos sociales de la Entidad Pública Empresarial SEPES, aprobados ya de acuerdo con la LOFAGE, que le autorizan incluso a la construcción, arrendamiento y enajenación de edificaciones de cualquier uso.

En definitiva, el Tribunal Supremo confirma su línea interpretativa acerca del alcance de la iniciativa económica de los poderes públicos, en régimen de igualdad, pero no de inferioridad o subsidiariedad, necesariamente, respecto de la iniciativa privada. Es bueno tenerlo presente (T.F.).

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En su desecho de conectar la exigencia de observancia de las normas de procedimiento con la superación del formalismo, en su *S. 17.10.00, Ar. 8997*, el Tribunal Supremo insiste en que, como viene sosteniendo desde la *S. 21.03.88*, para declarar la nulidad de pleno derecho por infracción de las normas de procedimiento aplicables, *dicha infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible*. Por ello, la mera falta del trámite de audiencia *no constituye, se mire por donde se mire, una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, que constituya una causa de nulidad de pleno derecho*; con la consecuencia de que *el interesado a quien no se ha oído no puede impugnar el acto alegando sólo ese mero vicio formal... sino que tiene que poner de manifiesto que por esa causa ha sufrido indefensión, es decir, una disminución de sus posibilidades de alegación y prueba (S. 13.10.00, Ar. 7915) (R.E.)*.

IV. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. *Competencia de los órganos jurisdiccionales*

En el período que aquí se analiza continúa perfilándose la jurisprudencia acerca de la competencia de los Juzgados de lo contencioso-administrativo, tanto desde el punto de vista sustancial como territorial:

A) En el primer sentido, puede considerarse hoy reiterada y uniforme la doctrina según la cual, ante la ausencia de norma expresa atributiva de competencia para conocer de la impugnación de actos o disposiciones de órganos periféricos de organismos autónomos estatales, o de los organismos con personalidad jurídica propia y competencia nacional, habrá que aplicar, conforme al artículo 13.a) L. 29/1998, las normas relativas a la Administración General del Estado tutelante (Ss. 14.07.00, Ar. 7214, y 17.10.00, Ar. 8825).

B) En cuanto a la competencia territorial cuando se impugna un acto de una Comunidad Autónoma que aplica normas de Derecho estatal y autonómico, sostiene, en buena doctrina, el Tribunal Supremo que la opción que el artículo 14.1 reconoce al demandante sólo puede ejercitarse entre Juzgados cuya competencia esté comprendida dentro del ámbito territorial de un mismo Tribunal Superior de Justicia: interpretación que satisface las exigencias del mandato constitucional contenido en el artículo 152.1, párrafo 3.º, de la CE, conforme al cual los Tribunales Superiores de Justicia son *verdaderos Supremos Tribunales de derecho autonómico. En definitiva, se trata de una opción que sólo opera en el ámbito de cada Comunidad Autónoma. Es decir, se trata de un fuero electivo que tiene su aplicación dentro del ámbito territorial de competencia de un solo Tribunal Superior de Justicia* (S. 06.10.00, Ar. 8308).

2. *Ambito de la jurisdicción contencioso-administrativa*

A) Siguiendo la pauta establecida en anteriores pronunciamientos, de la que dábamos noticia en la *CRONICA* precedente, insiste el Tribunal Supremo en que la configuración del acto político como uno de los actos excluidos del control jurisdiccional no ha sido acogida por la L. 29/1998, existiendo la posibilidad, en todo caso, de enjuiciar el cumplimiento de los elementos reglados de los actos que tradicionalmente recibían tal denominación (Ss. 11.05.00, Ar. 7081; 05.10.00, Ar. 8604, y 09.10.00, Ar. 8242). En particular interesa subrayar que en relación con la impugnación de un acto del Gobierno sobre entrega de la persona reclamada por vía de extradición advierte el Tribunal Supremo que la legislación aplicable no excluye su control jurisdiccional, puesto que *estaríamos ante un acto del artículo 97 de la Constitución, que sería de Derecho constitucional y aun en el supuesto de tratarse de un acto de Gobierno en materia de relaciones internacionales, sería el Derecho Constitucional y Administrativo y no el Derecho Internacio-*

nal el que regularía tales actos en el ámbito de nuestro Derecho Interno, por lo que, si bien el control judicial se mueve en este ámbito dentro de unos estrictos límites, más estrechos que en relación con los restantes actos sometidos a control, ello no excluye el necesario conocimiento por esta Sala de los elementos reglados de los actos del Gobierno, teniendo en cuenta que el artículo 26.3 de la Ley del Gobierno 50/1997, no excluye el conocimiento por esta jurisdicción de los actos del Gobierno y de los órganos regulados en la ley (S. 09.10.00, Ar. 8242).

B) Los pronunciamientos acacidos en este período acerca del recurso contra la inactividad de la Administración, entiendo que pueden ser difícilmente compartidos. Me refiero al *Auto de 18.09.00, Ar. 8852*, que sostiene igual doctrina que el *Auto de 13.03.00*, que versaba sobre la misma materia, aunque con ocasión de un recurso por la vía de protección de los derechos fundamentales. En ambos supuestos se impugna la inactividad del Tribunal Constitucional, al no convocar concursos-oposiciones para cubrir plazas de Letrado, ante lo que se sostiene que, como quiera que *en definitiva, en caso de eventual estimación del fondo del recurso contencioso-administrativo, se originaría para el recurrente... un derecho, el de participar en el concurso-oposición cuya convocatoria reclama, del que en la actualidad sin producirse tal convocatoria carece... concurre en el demandante la legitimación cuyo soporte es el derecho que alega*. Bien es cierto que tal pronunciamiento se produce al resolver las alegaciones previas planteadas por el Abogado del Estado y, por tanto, *desde el punto de vista de admisión o inadmisión del recurso, que es lo que en esta fase se cuestiona*, por lo que cabe confiar en que en el momento de dictar sentencia se afine más al ponderar el requisito de que la Administración esté obligada a realizar una prestación *concreta, a favor de una o varias personas determinadas*, que serían las únicas legitimadas para recurrir, sin cuya concurrencia no cabrá impugnar la pretendida inactividad.

3. *Recurso de casación*

Por más que ello no suponga ninguna novedad y, precisamente, por la frecuencia con que el escrito de preparación del recurso no se ajusta a la normativa aplicable, tal como viene siendo interpretada por el Tribunal Supremo, no parece inoportuno recordar que éste viene, una y otra vez, exigiendo que cuando se impugnan actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas: 1) el recurso se ha de fundar en normas no emanadas de aquéllas; 2) la infracción ha de ser relevante y determinante de la sentencia, y 3) en el escrito de preparación se ha de justificar cómo, por qué y de qué forma ha influido la norma y ha sido determinante en el fallo, *sin que sea suficiente la mera cita apodictica de los preceptos que se consideran infringidos* (Ss. 30.10.00, Ar. 8179; 08.05.00, Ar. 3875, y 02 y 18.10.00, Ar. 8154 y 8780). A lo que debe añadirse la insubsanabilidad de los defectos del escrito de preparación en el de interposición, por tratarse de cargas procesales que la ley impone en fases diferenciadas (Ss. 27.07.00, Ar. 7364, y 30.10.00, Ar. 8179) (R.E.).

V. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Responsabilidad derivada de la inconstitucionalidad de las leyes*

En el número anterior de esta REVISTA, y en esta misma sección, dimos noticia de tres sentencias del Tribunal Supremo en las que se reconocía la responsabilidad de la Administración pública frente a determinados sujetos, derivada de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, concretamente del artículo 38.2-2 de la Ley 5/1990. Recordaremos en síntesis el supuesto: declarado inconstitucional el precepto que creó un gravamen de naturaleza tributaria, se pide vía acción de responsabilidad la devolución de lo ingresado una vez firme el acto de liquidación del gravamen (SSTS de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, Ar. 2730, 5939 y 7423).

Las sentencias, todas ellas favorables al reconocimiento del derecho a la indemnización, ofrecían matices diversos en razón de la diversa posición de los recurrentes. Esta diversa posición consistía, en esencia, en el hecho de haberse o no aquietado en su día el sujeto que reclama la indemnización a la liquidación practicada. En todo caso, y al margen de lo expuesto en un voto particular, se reconoce el derecho a la indemnización.

Dada la importancia de esta línea jurisprudencial, queremos dar cuenta de una nueva sentencia, de 30 de septiembre de 2000, Ar. 9093, que se sitúa en la misma línea. El supuesto de hecho coincide con el de la primera sentencia de la serie. Nos encontramos con un demandante que agotó los recursos, en vía administrativa y sede jurisdiccional, para obtener la devolución de lo pagado en concepto del gravamen complementario declarado inconstitucional.

El Tribunal Supremo reitera la doctrina anterior y reconoce el derecho a la indemnización, si bien de nuevo la limita a las cantidades pagadas en concepto del gravamen declarado nulo más los correspondientes intereses de demora. No procede la indemnización, en cambio, por los demás conceptos reclamados, valor residual de máquinas desaparecidas, cantidades satisfechas en concepto de segundo plazo de la tasa del juego del ejercicio 1990, valor de los locales perdidos y lucro cesante (J.T.).

2. *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: sobre el consentimiento informado y otras cuestiones*

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conoce cada vez con mayor frecuencia de asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, en un progresivo relevo de los órdenes jurisdiccionales civil y social. Tres sentencias destacables del período comentado son las de 3 y 10 de octubre y 27 de noviembre de 2000, Ar. 7799, 7804 y 9409, respectivamente. Las tres se ocupan del consentimiento informado de los pacientes de la sanidad pública, de sus requisitos y de su incidencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El consentimiento informado de los pacientes-víctimas de la sanidad pública puede ser contemplado desde dos perspectivas distintas. Por un lado, su obtención constituye un *deber* impuesto por el artículo 10 de la Ley General de Sanidad a todos los centros sanitarios, públicos y privados, deber cuyo incumplimiento supone una vulneración del estándar de diligencia médica (la denominada *lex artis*) y el posible desencadenamiento de responsabilidad extracontractual, en el caso de que concurran el resto de requisitos exigidos. Por otro lado, constituye una causa de *exclusión* de responsabilidad: en determinados casos el consentimiento del paciente puede exonerar al prestador de asistencia sanitaria del deber indemnizatorio. Una y otra perspectivas vienen siendo reconocidas por la jurisprudencia española desde hace ya tiempo. Pero subsisten importantes interrogantes. Las tres sentencias citadas arrojan cierta luz (también cierta sombra) sobre algunos de ellos.

Las SSTs de 3 de octubre y 27 de noviembre de 2000, forzadas en parte por la propia estructura del recurso de casación en cada caso ventilado, adoptan la primera perspectiva, pronunciándose sobre los *requisitos formales y materiales* que debe reunir la información suministrada al paciente para entender cumplido el deber impuesto por el referido artículo 10 de la Ley General de Sanidad.

Ambas sentencias flexibilizan notablemente el deber de información de la Administración sanitaria. Para el Tribunal, ello es una exigencia ineludible de la necesidad de compaginar la garantía de los pacientes con la eficacia de la asistencia sanitaria. Según la sentencia de 3 de octubre, «es menester interpretar en términos razonables un precepto legal [el citado art. 10 LGS] que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica» (FJ 10.º). Ello le lleva a relativizar el requisito de que la información y el consentimiento se presten por escrito. La única consecuencia que para el Tribunal parece derivarse de la circunstancia de que la información y el consentimiento no consten por escrito es la de producir una inversión de la carga de la prueba: según dicha sentencia, cuando ambos no hayan sido recogidos por escrito, deberá ser la Administración quien pruebe la existencia de consentimiento informado del paciente. En el caso concreto, el Tribunal se decanta por la versión del médico y entiende que sí hubo consentimiento informado.

La sentencia de 27 de noviembre de 2000, por su parte, y pese al tenor literal del artículo 10.5 LGS, niega que la Administración deba informar también a los familiares o allegados; para el Tribunal, es suficiente informar al paciente cuando —como sucedió en el caso concreto— éste es mayor de edad y posee la suficiente capacidad mental. El Tribunal, además, en dicha sentencia, considera suficiente un impreso estereotipado de consentimiento que no especifique los riesgos de la concreta actuación médica, siempre que éstos le hayan sido comunicados al paciente de forma oral. En el caso de que el paciente haya firmado un impreso semejante debe presumirse que ha sido informado correctamente, correspondiéndole a él la prueba de que no ha sido así; se trata, qué duda cabe, de un buen ejemplo de prueba diabólica.

La tercera de las sentencias aquí comentadas, la de 10 de octubre de 2000, aborda el tema del consentimiento desde la segunda de las perspectivas antes mencionadas, esto es, desde la de su eventual *eficacia exoneratoria* de la responsabilidad de la Administración. El Servicio Andaluz de Salud alegaba en este caso que se debía excluir la responsabilidad administrativa por haber consentido la víctima la actuación médica desencadenante del daño. A ello opone el Tribunal Supremo el argumento de que «la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada» (FJ 6.º). El Tribunal entiende, correctamente, que el consentimiento que en su momento prestó el paciente no cubría la defectuosa asistencia sanitaria de que fue objeto y que le acabó provocando la muerte (se incurrió en un grave error de diagnóstico que dio lugar a la innecesaria extirpación de órganos vitales y en una tardía detección de las hemorragias por falta de vigilancia adecuada que produjo la aparición de un edema pulmonar). El consentimiento, por tanto, no siempre servirá para exonerar de responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria.

El interés de las sentencias apuntadas no se agota, sin embargo, en su tratamiento del tema del consentimiento. Así, de la de 10 de octubre de 2000 cabe destacar que se muestra partidaria en general —aunque en el caso concreto no se dé por probado— de *modular el importe indemnizatorio* cuando el mal estado de salud del paciente hubiera supuesto en cualquier caso —esto es, aunque la intervención médica hubiera sido correcta— una reducción de su expectativa de vida y de su aptitud para la generación de ingresos. El Tribunal da así continuidad a una doctrina ya afirmada en anteriores resoluciones y que parece razonable, pues con ella no se hace otra cosa que adaptar la indemnización al daño efectivamente sufrido por la víctima e imputable a la Administración.

Por su parte, la sentencia de 3 de octubre, a su vez, plantea otras cuestiones reseñables. La primera atañe al más básico de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración: *el daño indemnizable*. ¿Constituye daño indemnizable tener una hija no deseada tras el sometimiento a una operación de vasectomía? El Tribunal, tras una argumentación que pretende ser ponderada y que resulta, en realidad, contradictoria, sostiene que sí lo es: aunque el nacimiento de un hijo no deseado no constituye en sí mismo, «en el sentido ordinario de las relaciones humanas», un *daño moral*, sí lo es en la medida en que supone un atentado contra el principio de libre desarrollo de la personalidad; además, también resulta indemnizable el *daño —patrimonial— emergente* ligado a los gastos de la prueba de paternidad a que el recurrente tuvo que someterse; y también merece indemnización como *lucro cesante* no el importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado (pues ello, a juicio del Tribunal, en la medida en que forma parte del deber de alimentos, constituye un daño que el ordenamiento jurídico obliga a los padres a soportar), sino el perjuicio derivado de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles como consecuencia de los gastos generados por el nuevo hijo. Este lucro cesante existe, según el Tribunal, en el caso concreto, donde el padre gana

sólo 102.768 pesetas mensuales y tenía ya una esposa y dos hijos a los que mantener.

De esta sentencia de 3 de octubre de 2000 destaca también su concepción de la causalidad, que no es nueva pero que todavía no se ha impuesto en todas las resoluciones de la Sala: parece mostrarse partidaria de la teoría de la equivalencia de las condiciones articulada a través de la fórmula de la *condicio sine qua non*, desechando todas las otras teorías que el propio Tribunal Supremo ha manejado con frecuencia (teoría de la adecuación, de la causa eficiente, etc.). Aunque puede objetarse que el Tribunal, al utilizar criterios de imputación objetiva, lo hace de forma poco sistemática.

Esta misma sentencia de 3 de octubre de 2000, por último, alude a la nueva cláusula de exclusión de los riesgos del desarrollo incorporada al artículo 141.1 LRJPAC. Se reitera que con ella el legislador se ha limitado a positivar un principio ligado a la antijuricidad del daño que ya cabía inducir de la legislación anterior. El Tribunal basa la exoneración de responsabilidad de la Administración en el caso enjuiciado precisamente en la —supuesta— inevitabilidad científico-técnica de un fracaso de una operación de vasectomía correctamente realizada como el que ha dado lugar al nacimiento inesperado de la hija del recurrente. ¿La paternidad posterior a la operación de vasectomía era, sin embargo, realmente *inevitable* según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica? La respuesta negativa parece clara: la mera utilización de métodos anticonceptivos convencionales hubiera evitado el embarazo indeseado. Lo que en realidad sucede en este caso y puede llegar a justificar la exoneración de responsabilidad administrativa es que el daño (el embarazo indeseado) pudo no ser *previsible* según el estado de los conocimientos científico-técnicos desde el momento en que (y esto es lo que dota de singularidad al presente caso) las pruebas espermiográficas a que fue sometido el recurrente tras la realización de la vasectomía (¡e incluso tras el embarazo de su esposa!) revelaban su infertilidad. No queda claro, sin embargo, de los hechos relatados en la sentencia (y esto es lo que debería haber averiguado el Tribunal para aplicar con rigor la referida cláusula de exoneración de los riesgos del desarrollo) si en la realización de dichas pruebas para evaluar la fertilidad del recurrente se utilizaron todos los medios que la ciencia médica del momento ofrecía.

Ello nos lleva a una última observación: el Tribunal Supremo exonera de responsabilidad a la Administración sanitaria en este caso (como también, de hecho, en el caso resuelto por la sentencia de 27 de noviembre), en realidad, y pese a la gran defensa que a lo largo de la sentencia efectúa de la responsabilidad objetiva de la Administración, porque el servicio sanitario funcionó de forma correcta, porque la prestación sanitaria se ajustó a la *lex artis*. Una vez más, pues, se constata que la jurisprudencia española, quizá sin darse cuenta, no está dispuesta a aplicar el excesivamente uniforme sistema de responsabilidad administrativa diseñado por el legislador (T.F.).

VI. SERVICIO PÚBLICO, SERVICIO ECONÓMICO DE INTERÉS GENERAL, RESERVA AL SECTOR PÚBLICO DE SERVICIOS ESENCIALES, EJERCICIO DE LA INICIATIVA PÚBLICA EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Los recientes procesos de liberalización y privatización han obligado a dar nuevo contenido a conceptos jurídicos tradicionales o bien han forzado a crear nuevos conceptos. Los conceptos tradicionales, utilizados en leyes de reciente aprobación, han debido reinterpretarse para poder dar solución a los problemas cambiantes que el nuevo marco normativo debía resolver.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1999, Ar. 8250 de 2000, y de 21 de febrero de 2000, Ar. 10112, dictadas en relación a dos conflictos de diverso contenido, nos permiten ilustrar lo que acaba de afirmarse. El TS reinterpreta los conceptos y fuerza el sentido de la ley para tratar de dar cobertura normativa a los actos impugnados. Una actividad que, de hecho, se había situado fuera de su marco normativo.

En la primera de las sentencias citadas, la de 14 de octubre de 1999, el proceso de privatización de Telefónica exigirá resituar el concepto de servicio esencial reservado al Estado. De forma resumida (y dejando al margen otras cuestiones de interés que se contienen en la sentencia que comentamos), el núcleo del conflicto era el siguiente: para los recurrentes, la venta de acciones de Telefónica autorizada por el Gobierno suponía la pérdida de la capacidad real de dirigir desde el sector público el sector estratégico de las telecomunicaciones. Y ello suponía vulnerar el artículo 2.1 de la Ley 31/1987, de telecomunicaciones, que calificaba este sector como de servicio esencial de titularidad estatal reservado al sector público.

El Tribunal Supremo desestima el recurso argumentando que la reducción o supresión de la participación accionarial no priva al Estado de sus facultades de garante último del servicio, al mantener mecanismos de regulación y control sobre el sector.

Afirmación sin duda cierta, pero que no resuelve el problema consistente en determinar si esta presencia estatal es la que reclama el concepto legal de servicio esencial reservado al sector público. Por ello, el problema de fondo se reconduce a tener que dar un contenido preciso a los conceptos de servicio esencial de titularidad estatal reservado al sector público, servicio público y servicio de interés general que se presta en régimen de competencia.

El Tribunal Supremo parece estimar que bajo la fórmula «servicio esencial de titularidad estatal reservado al sector público» no se exige la necesaria presencia directa del sector público como ente gestor. Basta con su posición como regulador y garante de la prestación. En este caso, podríamos hablar también de servicio público, e incluso, por qué no, de servicio de interés general que se presta en concurrencia. Como vemos, la solución del conflicto diluye unos conceptos que deben ser llenados de contenidos precisos.

En la segunda de las sentencias antes citadas, la de 21 de febrero de 2000, el conflicto afectó a un sector singular, los medios de comunicación social, y en concreto a la televisión.

La cuestión litigiosa (de nuevo exponemos una cuestión compleja de forma muy sucinta) se centró en la impugnación del acuerdo del Consejo de Ministros autorizando a RTVE para que constituyera a través de TVE SA la entidad TVE Temática SA como fórmula para tomar participaciones en una determinada empresa privada del sector de la televisión digital.

El motivo de la impugnación nos remite de nuevo a los grandes conceptos: ¿podía intervenir RTVE en una entidad que ejerce actividad comercial, cuando sus Estatutos establecen que se limitará a la actividad de servicio público de televisión?

El Tribunal Supremo no duda en manifestar que la solución del conflicto exige partir del concepto evolutivo de servicio público, concepto que en la actualidad responde más a los contenidos que al régimen de prestación. Además, se añade, ya no es posible identificar de forma absoluta televisión y servicio público. Por tanto, nada impide que RTVE participe de forma minoritaria en una sociedad que ejerce actividad económica. El recurso, por tanto, es desestimado.

De nuevo un concepto tradicional se reinterpreta. Pero, además, en este caso se hace en relación a una actividad singular, como es la de televisión, vinculada al derecho de información y al fin de interés general de garantizar el pluralismo.

Esta última circunstancia es la que pone de relieve el voto particular formulado por dos magistrados. Se ponen en evidencia los saltos argumentales del razonamiento de la sentencia y se justifica, por la naturaleza del servicio, la necesidad de su gestión directa, aunque esta gestión haya pasado del monopolio a la concurrencia. Puede existir concurrencia, pero precisamente por ello no gestión mixta. Por ello, para los autores del voto particular, debió estimarse el recurso y exigir que RTVE actuara exclusivamente en el ámbito del servicio público televisivo, sin incidir en la actividad privada concurrente. En este sentido se concluye afirmando que «la neutralidad exigible de los poderes públicos respecto de dichos operadores privados en el campo de los medios de comunicación no es compatible con la participación accionarial de aquéllos en un determinado proyecto empresarial privado para competir con otro, igualmente privado, sea cual sea el signo de ambos, cuando se trata de un sector liberalizado en el que ya no concurren las notas distintivas de la noción de servicio público» (J.T.).

CRONICA ADMINISTRATIVA

