

# Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(\*)

## III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Principios de mérito y capacidad. Integración en Agencias de la Junta de personal proveniente de Fundaciones.

Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento especial de Protección de los Derechos Fundamentales, resolución de 20 de Abril de 2011 de la Secretaría General para la Administración Pública por la que se aprueba el protocolo de integración del personal en la agencia de servicios sociales y dependencia de Andalucía y que se condene a la Administración demandada a las costas causadas.

Argumenta la parte actora que la citada Agencia es consecuencia de la Ley 1/2011, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, y tras la modificación operada del artículo 71 de la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía pasa a ser una agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54, 2, c) que realiza actividades señaladas en el artículo 65, 1 de la LAJA, es decir, aquellas de las constituidas para la ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería y de carácter administrativo si implican funciones que lleven aparejada el ejercicio de autoridad, y que están sometidas al Derecho Administrativo por regla general; Desde esta perspectiva se expone por la actora que la ley 1/2011 modifica la original redacción de la ley 9/2007 en sus artículos 68 y 69 que en cuanto a lo que aquí nos interesa consagra el régimen jurídico de las agencias empresariales en el apartado primero del indicado artículo 69 señalando que “1. Las agencias públicas empresariales a que hace referencia la letra a) del apartado 1 del artículo 68 de esta Ley se rigen por el Derecho Privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO ISERN.

Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación.”

Estima la recurrente que dicha regulación conculca el principio de seguridad jurídica avalado por el art 9.3 de la CE consagrando una regulación que se presta a confusión al determinar el régimen jurídico de estas Agencias al generar incertidumbre sobre cuando la agencia actúa bajo un régimen de derecho administrativo o de derecho privado.

Por otro lado considera que resulta vulnerado el principio de inamovilidad de los funcionarios públicos al señalar la ley 1/2011 que la integración de los funcionarios en la nueva Agencia creada será voluntaria, llevándose en su caso la integración como personal laboral y suponiendo tal integración la permanencia en su Cuerpo de origen como servicios en entidades del sector público Andaluz. Asimismo considera que, en cuanto que la Disposición Adicional Cuarta de la ley 1/2011 prevé que los funcionarios no integrados queden en la situación de servicio activo se conculca el principio de seguridad jurídica al no precisar bajo que régimen y en que puesto de trabajo.

Desde un punto de vista procedimental el recurrente argumenta dos reproches a la resolución impugnada. El primero de ellos es la referencia a que la resolución de que se trata es fruto de los Decretos Leyes 5/2011 y 6/2011 que afrontan la reordenación del sector Público Andaluz que desembocó finalmente en la ley 1/2011. En este sentido reprocha el recurrente que los referidos Decretos Leyes no responden a la situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilita esta figura normativa como fuente del Derecho de tal manera que los mismos vulnerarían el art 86 de la CE. Asimismo y también desde un punto de vista procedimental estima que la resolución impugnada vulnera los artículos 28 y 37 de la Constitución y los arts 34.3 y 34.4 del Estatuto Básico del Empleado Público /ley 7/2007) al haberse producido con vulneración del derecho a la negociación colectiva por no haberse sometido a la Mesa Sectorial de la Negociación de la Función Pública. Finalmente y de forma principal indica la actora que conforme a la ley 1/2011 y a la disposición adicional primera del decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía: “De conformidad con lo establecido en el artículo 19.2 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, la Agencia quedará subrogada en las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que eran titulares la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y la Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social”. Asimismo conforme a las disposiciones citadas y en particular

la disposición adicional cuarta de la ley 1/2011 “el personal procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público”. Estima la actora que tal integración del personal laboral procedente de las entidades instrumentales, producida sin procedimiento selectivo alguno ni procedimiento de capacitación, implica la vulneración del principio de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas consagrado en el art 23 y 103 de la CE y en el mismo Estatuto Básico del Empleado Público. Por tal razón invoca la vulneración del derecho de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con infracción de los artículos 14 y 23. 2 de la Constitución, porque la integración establecida en la Disposición Adicional Tercera, supone que quienes han accedido a la función pública a través del sistema legalmente establecido y conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, vean mermados sus derechos por la entrada de terceros ajenos a la función pública, ocasionando una perturbación ilegítima en el ejercicio del derecho al cargo con flagrante vulneración del derecho de igualdad en el acceso.

En primer lugar estima el recurrente que la resolución impugnada es fruto de los decretos leyes 5/2010 y 6/2010 los cuales debe considerarse que vulneran el art 86 de la Constitución al no resultar acreditada la situación de extraordinaria y urgente necesidad que opera como título habilitante para que el ejecutivo pueda elaborar tales normas con fuerza de ley.

El recurso no puede ser estimado en este punto puesto que conforme recuerda el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 abril 2012 dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 542/2010 debe señalarse que en estos supuestos se trata de constatar la efectiva excepcionalidad de la situación que el Decreto ley trata de atender mas que la imprevisibilidad de la misma.

“En cuanto a la alegada vulneración por el Real Decreto-Ley del artículo 86.1 CE el Tribunal Constitucional, en los autos 179 y 184/2011, ha convalidado el uso de un Real Decreto-Ley, confirmado la concurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesi-

dad, exigido por el artículo 86.1 de la Constitución, diciendo que: “(...) por lo que se refiere a las dudas del órgano judicial relativas al pretendido carácter no imprevisible o sobrevenido de la situación económica a la que el Real Decreto-ley 8/2010 trata de dar respuesta, baste señalar que, al margen de que nada impide, claro está, que una determinada situación extraordinaria que se hubiera producido en el pasado pueda volver a presentarse, demandando de nuevo -incluso con mayor motivo- una respuesta urgente mediante las medidas que se aprecien como necesarias, como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación, pues ‘lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren’ (SSTC11/2002, de 17 de enero, FJ 6; y 68/2007, de 28 de marzo, FJ 8, por todas), que es justamente lo que resulta acreditado en el presente caso”.

En el supuesto de autos puede constatararse en la exposición de motivos de los Decretos leyes mencionados, que la situación que contemplan como habilitante es sustancialmente la misma a que hace referencia el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Así se indica expresamente que el Decreto ley se dicta “dando respuesta al Acuerdo Marco con las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas para el periodo 2010-2013, adoptado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera el 22 de marzo de 2010, a raíz de la Actualización del Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013”. Del mismo modo se indica que “El presente Decreto-Ley supone un paso más dentro de este proceso, dando respuesta al Acuerdo Marco con las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas para el periodo 2010-2013, adoptado en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera el 22 de marzo de 2010, a raíz de la Actualización del Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013”. Ello supone que, tratando el Decreto ley mencionado de ofrecer respuesta a la existente y patente crisis económica y su efecto reflejo sobre las finanzas publicas, debe entenderse que resulta legítimo el uso de tal figura normativa del Decreto ley para tratar de ofrecer soluciones a la situación expuesta.

Por otro lado y también desde el punto de vista procedimental el recu-

rente considera vulnera el derecho a la negociación y en particular los artículos 28 y 37 de la Constitución y los arts 34.3 y 34.4 del Estatuto Básico del Empleado Público (ley 7/2007) al haberse producido con vulneración del derecho a la negociación colectiva por no haberse sometido a la Mesa Sectorial de la Negociación de la Función Pública. A dicho motivo de impugnación la Administración demandada contesta destacando que la resolución impugnada no procede a regular o modificar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos sino que tiene por objeto cuestiones organizativas de la Administración excluidas, conforme al art 37 del Estatuto Básico del Empleado Público, de la negociación colectiva.

Planteada la cuestión citada la Sala considera que, partiendo del contenido de la resolución cuestionada y considerando que conforme a la misma y con fundamento en la disposición adicional cuarta de la ley 1/2011 debemos destacar que efectivamente la misma no afronta directamente la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos por cuanto, a través de ella se regula la integración del diferente personal que pasara a prestar sus servicios en la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de la Junta de Andalucía como cuestión enmarcada en la reordenación institucional de la Administración, reuniendo pues un carácter general y eminentemente organizativo, al ser consecuencia precisamente de la creación del ente instrumental citado a través de la ley 1/2011 y del Decreto de Creación de la Agencia Andaluza de Servicios Sociales. En este sentido, previendo tanto la ley habilitante como el mismo protocolo impugnado, la integración voluntaria del personal funcionario en el ente creado y la continuidad del personal funcionario no integrado en la situación de servicio activo en la Administración General de procedencia, no se aprecia en la resolución impugnada una efectiva regulación de las condiciones de trabajo que imponga la negociación de su contenido en la Mesa Sectorial de la Función Pública, en la medida que de las disposiciones de la resolución impugnado no se infiere una modificación de las condiciones de trabajo del personal afectado. Así se deduce de las previsiones del Protocolo de integración impugnado cuando indica en la regla primera del protocolo de integración que “Al personal funcionario que se adscriba funcionalmente a la Agencia le será de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía”. Del mismo modo en la regla quinta de dicho protocolo se señala: “Condiciones de trabajo. El personal funcionario adscrito se registrará por la normativa aplicable en materia de función pública, así como por lo establecido en esta materia en el Acuerdo de Condiciones de Trabajo

del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía”. Esta línea de exigencia de afectación efectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios como presupuesto para exigir el sometimiento a la negociación colectiva de las decisiones y reglamentos de la Administración resulta asimismo avalada por el TS en sentencia de 28 septiembre 2012 dictada en el recurso de Casación núm. 190/2011 cuando con ocasión de la impugnación de determinados decretos de ampliación de traspasos destaca la ausencia en la modificación de las condiciones de trabajo y la existencia de una mera subrogación en la Administración para la que se prestan los servicios de tal manera que indica “no hay propiamente modificación de las condiciones laborales que deba ser sometida a la previa negociación colectiva sino mero cambio o subrogación de una Administración (la del Estado) por otra (la de la Comunidad Autónoma) respecto del funcionario que pasa a depender de ésta última”.

Aún partiendo de los parámetros expuestos y aún considerando que el hecho de que por la propia Administración se sometiese la resolución impugnada a la Mesa General de Negociación, habilita para considerar que la misma, afectando no a las condiciones de trabajo de los funcionarios pero si a los sistemas de acceso a la función pública debería ser sometida al proceso de negociación colectiva, el reproche que se realiza por la actora es no haber sometido el protocolo impugnado a la Mesa Sectorial de Negociación y en este aspecto la Sala debe mostrar su desacuerdo con la tesis de la actora. Así según vemos el protocolo impugnado reúne una vertiente general afectando no solo al personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía sino también y principalmente al personal laboral de la Agencia con el cual precisamente el personal proveniente de los entes institucionales extinguidos pasaran a desempeñar conjuntamente las funciones asignadas a la nueva agencia creada compitiendo incluso por los puestos de trabajo asignados al personal laboral. De esta manera atendiendo al objeto General o transversal del protocolo impugnado respecto de la globalidad del personal, funcionario o laboral, que presta sus servicios para la Agencia creada, resulta suficientemente justificada que la negociación colectiva se produzca en el seno de la Mesa General de Negociación contemplada en el art 33 de la ley 7/2007. También en este aspecto siendo las Mesas Sectoriales de creación potestativa conforme al art 34.4 la parte actora ni justifica la creación de la misma ni la representatividad del sindicato recurrente en su ámbito.

Finalmente respecto de este punto no puede dejarse de señalar que, también en esta materia y en el caso del Decreto de creación de la

Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, se ha pronunciado la Sala del TSJA con sede en Málaga en Sentencia núm. 425/2012 de 27 febrero dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 896/2011 con razonamientos que, compartidos por esta Sala se transcriben. Indicaba así la sentencia dictada por la Sala de Málaga.

“Entrando a conocer de los motivos alegados la parte recurrente y visto que acerca de los mismos esta Sala se ha pronunciado en la sentencia dictada en el recurso 546/11 en el que se discutía a través del recurso ordinario acerca de la legalidad del Decreto que en la actualidad se recurre por la vía procedimental de la protección de los hechos fundamentales, no cabe sino reproducir; lo razonado en dicha resolución que no es sino: Entrando así a conocer acerca del tercero de los motivos aducidos por la parte recurrente, visto el contenido procedimental del mismo y que según quedó dicho entraba en entender que se ha prescindido de un trámite insoslayable cual es el de la Negociación en la Mesa Sectorial de la que forma parte, limitándose su actuación a un trámite de audiencia que no puede ser equiparado al de negociación, el mismo no puede ser acogido y ello por cuanto que al disponer el art. 33.2 de la Ley 7/07, Estatuto Básico del Empleado Público, que constituirán las Mesas de Negociación y estarán legitimadas para estar presentes entre otras y por lo que al caso importa,” las Organizaciones Sindicales mas representativas a nivel estatal, las Organizaciones Sindicales mas representativas de las Comunidades Autónomas, así como los Sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o mas de los representantes en las elecciones para Delegados y Junta de Personal en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución”, y visto que al respecto la recurrente se limita a afirmar que es el sindicato mas representativo, sin acreditar al respecto que supere los límites establecidos al respecto, no puede sino concluirse lo anunciado, sin que pueda argüirse que el ámbito de la negociación eventualmente era por un lado la Mesa Sectorial de Negociación y por otro la Comisión del VI Convenio Colectivo de Personal Laboral de la Junta de Andalucía, pues no solo la cuestión a negociar es propia de la Mesa General y no Sectorial, sino que además, estas últimas, en conformidad a lo establecido en el art. 34 párrafos 4º y 5º de la ley 7/07 citada se constituyen por acuerdo de las Mesas Generales a la par que sus competencias se extienden a temas comunes a los funcionarios del sector que hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General respectiva o a los que ésta expresamente les reenvíe o delegue, lo que no consta que concorra en el actual caso, siendo así que al haber in-

tervenido en la Mesa General de Negociación las tres centrales sindicales mas representativas, quedó cubierta la exigencia establecida en el art. 33 mencionado, por lo que el motivo ha de decaer.”

- Respecto al fondo, del litigio alega la actora que es la Ley 9/2007 de 22 de octubre, modificada por la Ley 1/2011, la que atribuye el ejercicio de potestades públicas a la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía, haciéndolo de forma confusa al modificar el art. 68.1 b) y 69 de la ley 9/2007. Tales preceptos señalan:

“Las agencias públicas empresariales son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, y que aplican técnicas de gestión empresarial en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, en el marco de la planificación y dirección de estas. Las agencias públicas empresariales pueden ser de dos tipos:

a (...)

b) Aquellas que tienen por objeto, en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, y en el marco de la planificación y dirección de estas, la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado.”

“Las agencias públicas empresariales a que hace referencia la letra b) del apartado 1 del artículo 68 de esta Ley se rigen por el Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación. En los restantes aspectos se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera.”

En dichos términos se afronta la regulación de las agencias públicas empresariales en cuanto al régimen jurídico de las mismas en términos similares a la LOFAGE cuando la misma dispuso la regulación de los organismos.

En relación a esta materia de impugnación no encuentra la Sala reproche alguno en relación a los vicios de denunciados. En primer lugar porque tales vicios resultan completamente ajenos a la disposición impugnada ya que se refieren al régimen jurídico propio de la Agencia de



Dependencia y servicios sociales creada por Decreto 101/2010, mientras que la resolución impugnada tiene por objeto la integración del personal que va a prestar su servicio en la indicada agencia de tal forma que en nada incide el régimen derecho público o privado al que deberá someter su actuación respecto a la forma en que se efectuará la integración del personal que desarrollará sus servicios en la misma. Aún entrando en el fondo del asunto debe señalarse que la configuración del régimen jurídico de la denominada Administración instrumental y la admisión de entes públicos por su forma de personificación que someten su régimen de actuación parcialmente al derecho privado, aparece admitida por la LOFAGE cuando distinguió el régimen jurídico de los Organismos públicos, distinguiendo entre organismos autónomos y entidades públicas empresariales (y tras la ley 28/2007 las Agencias Estatales). Aún cabe añadir las sociedades anónimas en cuyo capital sea mayoritaria la participación de un ente público contempladas en la disposición adicional duodécima de la LOFAGE. Tanto en las entidades públicas empresariales como en las indicadas sociedades se aprecia un sometimiento al menos parcial al derecho privado y ello, si bien ha sido criticado doctrinalmente y aún jurisprudencialmente por suponer una huída del derecho administrativo, no ha dejado de resultar admitido por los operadores jurídicos, sin que, y esto es lo relevante, se aprecie por ello inseguridad jurídica alguna, puesto que aún mediante el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, la ley define en sus líneas maestras el régimen jurídico de los entes de que se trata. Por otra parte, y por lo que hace al núcleo del litigio, manifiesta que no existe la desigualdad denunciada por no ser idénticos los términos de comparación, ni pretenderse en el Decreto el acceso de personal privado a la condición de empleo público de forma subrepticia, ya que en la propia Disposición Adicional exige, que para acceder a la situación de funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía deben superar pruebas de acceso libre. No existe por tanto acceso a la condición de empleado público o funcionarización encubierta, sino mero cumplimiento de las normas de Derecho Laboral por sucesión de empresas, y la subrogación de la Agencia que son aplicables al personal de la desaparecida Empresa Pública Desarrollo Agrario y Pesquero SA. Por último considera, que la creación de la Agencia trae causa de la Potestad de Autoorganización que tiene la Administración para reordenar el sector público y que el Decreto 99/2011 (LAN 2011,167) se limita a desarrollar la Ley 1/2011 dictada para tal finalidad, de ahí que cuestione la competencia de este Tribunal para enjuiciar la Ley, atribuida en exclusiva al Tribunal Consti-

tucional, que de hecho ya ha admitido a trámite una cuestión de inconstitucionalidad.

Por otro lado destaca la actora la vulneración del derecho de inamovilidad de los funcionarios al determinarse que los puestos de trabajo hasta ahora ocupados por ellos en la Administración General pasaran a integrarse entre las funciones de la Agencia de Dependencia y Servicios Sociales. En este particular conviene destacar que como reiteradamente han declarado tanto el TS como el TC dada la condición estatutaria del régimen jurídico de los funcionarios públicos el régimen jurídico al que estos se someten será el determinado en cada caso por el ordenamiento jurídico de tal forma que no existe el derecho del funcionario a la congelación del régimen jurídico que le resulta aplicable. Así y relacionado en lo anterior debe señalarse que la Administración publica en virtud de la potestad de autoorganización posee la potestad de determinar sus propias estructuras manteniendo alterando, modificando o suprimiendo determinadas unidades y órganos administrativos. Desde este punto de vista cabe traer a colación la Sentencia de 14-1-2011 dictada por la Sección 3 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, (Valladolid), en la que, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, viene a decir que: “En particular, ha declarado el Tribunal Supremo que no se integra en el elenco de derechos adquiridos por los funcionarios, en cuanto opuesto al fin para el que se otorga aquella potestad de autoorganización,” el mantenimiento inalterable de las unidades administrativas en algún momento diseñadas, su organización, o su integración en el seno de la Administración” (STS 3, SEC. 3, de 17 de febrero de 1997), y ello porque, como expresa la STS 3, Sec. 3, de 12 de marzo de 1999 EDJ1990/2746,” la Administración tiene una “potestas variandi” de la normativa legal y reglamentaria que ejercita lícitamente cuando así lo aconsejan o demandan las cambiantes circunstancias de su actividad para una mejor organización de las estructuras necesarias para el ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes del individuo en sociedad o de los servicios públicos establecidos con ese fin, pues sostener lo contrario equivaldría -en los términos de las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio o 6/1983, de 4 de febrero - a “petrificar” la organización de las estructuras existentes condenándolas a una inamovilidad que las alejaría de la realidad social e impediría su perfeccionamiento. Como consecuencia de esta facultad de cambiar la organización administrativa, el funcionario público no tiene un derecho adquirido frente a la Ley que pueda oponer a la nueva organización establecida por la respecti-

va norma legal o estatutaria, ello sin perjuicio de los derechos que la propia Ley les reconoce relativos a su categoría administrativa, a su inmovilidad de residencia y al sueldo consignado en los presupuestos...” La situación del funcionario lo que exige es que integrado el mismo en la Administración la supresión de el puesto de trabajo que ostente no suponga una merma de los derechos a su vez reconocidos por la ley, esto es de su Carrera Administrativa. A tal efecto no cabe apreciar vulneración alguna en la resolución impugnada puesto que prevé la situación de incorporación del personal funcionario a la Agencia, previendo que ante esta situación el funcionario integrado en la Agencia permanecerá en la Administración de origen en la situación de servicios en el sector siendo la misma voluntaria y por otro lado respecto de aquellos que no se integren tanto el protocolo de integración impugnado, como la misma ley 1/2001 prevén su permanencia en el servicio activo lo que supondría en su caso la reasignación de un puesto de trabajo en las condiciones previstas por el Estatuto Básico y sus disposiciones de desarrollo previstas por el art 8.1 b) del mismo.

Por tanto ninguna vulneración de los derechos funcionariales cabe apreciar desde este punto de vista en la disposición impugnada teniendo en cuenta asimismo la contundencia de la previsión contenida en la disposición adicional cuarta de la ley 1/2011 cuando indica que en todo caso se reservaran a los funcionarios públicos el ejercicio de potestades publicas y consecuentemente los puestos de trabajo de las Agencias que impliquen el ejercicio de tales potestades.

En último lugar queda por examinar la vulneración por la resolución impugnada de los derechos consagrados en los arts 14 y 23.2 de la constitución y de los principios de mérito y capacidad constitucionalmente consagrados y asumidos por el Estatuto Básico del Empleado Público.

Respecto de esta cuestión, conviene recordar la Doctrina Constitucional sobre el artículo 23.2 de la Constitución (RCL 1978,2836) y las pruebas selectivas para acceso a la función pública. Así, en su sentencia de 18 de abril de 1989 (RTC 1989, 67) -entre otras- ha declarado que el derecho de igualdad de quienes concurren en turno libre, ha de ponerse en conexión con el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas del artículo 23.2 de la Constitución, puesto que, como ya ha declarado en muy diversas ocasiones este Tribunal (por todas, STC 86/1987 de 2 junio (RTC 1987, 86)), este último derecho es una especificación del principio de igualdad ante la ley, formulado por el artículo 14 de la Constitución, por lo que en caso del acceso a las funciones públicas, y cuando no esté en juego ninguna de las circunstan-

cias específicas cuya discriminación veda el artículo 14, es dicho artículo 23.2 el que debe ser considerado de modo directo para apreciar si el acto impugnado ha desconocido el principio de igualdad.

El principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución y referido a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, si bien esta libertad aparece limitada por la necesidad de no crear desigualdades que resulten arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad enunciados.

Como se dijo en la STC 302/1993 (RTC 1993, 302), la solución no podía ser otra, puesto que el citado artículo 23.2 de la Constitución determina, en primer lugar, una libertad de acceso de los ciudadanos a dichas funciones públicas, que sólo puede ser exceptuada por muy excepcionales razones objetivas. Y se afirma el carácter excepcional de los sistemas que no sean de libre acceso respecto a quienes no tengan relación funcional alguna. De ahí que se otorgue un derecho reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad.

Así como recoge la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo de Sevilla de este mismo Tribunal de Justicia de fecha 2 de noviembre de 2011, dictada en asunto semejante, y aplicando los criterios allí establecidos que compartimos, en efecto la tan citada Disposición Adicional Tercera quiebra dicha igualdad, porque al integrar directamente al personal procedente de las fundaciones y entidades extinguidas, en la Agencia Pública Empresarial, pasa a formar parte de ella como personal laboral de la Agencia, y por tanto entra en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2007, 768) (artículo 2.1 -personal de las Agencias -), pero claro está sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público exigidos en la Constitución, en el Estatuto Básico, en la Ley de Reordenación (art. 70) y en el propio Decreto impugnado en cuyos Estatutos se establece para su personal, un sistema de selección que respetará los principios de publicidad, mérito y capacidad. Ello supone más que una huida del derecho administrativo (como declaraba la STS 29-11-2009, que estimó la nulidad del Decreto que aprobaba los estatutos de E.G.M.A.S.A.), un desprecio al Estado de Derecho, porque el propio Estatuto Básico, reco-

nociendo en su Exposición de Motivos esa tendencia de las Administraciones Públicas a la contratación de personal laboral, integra en un único cuerpo legal básico las normas principales que se aplican a los empleados públicos sean funcionarios o personal laboral y esas normas principales como afirma el Ministerio Fiscal, fiel trasunto del artículo 23.2 han sido infringidas en el presente caso, porque todos los trabajadores que se integran como personal laboral de la Agencia han eludido el acceso por esos principios de igualdad, mérito y capacidad.

Igualmente siguiendo la misma sentencia anteriormente citada, nada que objetar desde luego, a la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores que obliga a la Agencia a subrogarse en derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo de este personal, pero una cosa es la subrogación empresarial de las normas laborales y otra bien distinta la integración, con las consecuencias apuntadas, que convierte a este personal automáticamente en personal laboral de la Agencia con acceso directo a la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía. Se vulnera así, por dicha Disposición Adicional, el art 23.2 de la Constitución que se refiere al acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas, que forma parte del contenido esencial de este derecho fundamental, y que es indisponible para el Órgano de Gobierno que aprueba el Decreto. También se vulnera el artículo 14 de la Constitución, respecto a terceros ciudadanos en general a los que no se les va a permitir el acceso privilegiado por integración, reservado en exclusiva a quienes trabajaban en el extinto Instituto en virtud de un régimen legal privado.

Partiendo de las referidas posiciones, el expuesto argumento merece ser profundizado, así de una parte el principio de subrogación en las relaciones jurídicas laborales insertas en la entidades extinguidas no resulta incompatible con la exigencia del pleno respecto a los principios de mérito y capacidad. Así lo que se Juzga improcedente es la integración de plano o en bloque de aquél personal laboral en el empleo público es decir en la condición de empleado laboral para la Administración. En este punto destaca que conforme al art 8 del Estatuto básico del empleado público el personal que presta sus servicios para la Administración se clasifica en:

Funcionarios de carrera.

Funcionarios interinos.

Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.

Personal eventual.

De esta forma la integración del personal laboral procedente de las entidades extinguidas no se produce sino como personal laboral sometido

do al Estatuto Básico del Empleado Público, norma que tiene el carácter de Básico, de manera que no cabe hablar de una categoría especial como sería el personal laboral que procedente de la aplicación del art 44 del Estatuto de los trabajadores, es decir por razón de sucesión de empresas, resultase sometido a la regulación propia del Estatuto de los trabajadores y Convenios Colectivos de aplicación. Tal posibilidad resulta descartada pues no resulta posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico.

De conformidad con tales postulados el acceso a la condición de empleado público sin superación de proceso selectivo alguno, directamente por razón de la subrogación pretendida no puede juzgarse conforme a derecho pues ello es una consecuencia que excede de tal subrogación prevista en el art 44 del Estatuto de los trabajadores. No resulta posible por razón de la subrogación indicada la atribución directa de la condición de empleado público. Tal solución desconoce absolutamente la existencia del derecho administrativo, su especialidad respecto del derecho privado, e implica la traslación sin mas de previsiones propias de la legislación laboral a la regulación del empleo público y por tanto al régimen de las Administraciones públicas. Así resulta posible la conciliación de ambos principios, de un lado el respeto a las relaciones laborales en que se subroga la Administración y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público de otro, de tal manera que partiendo de la subrogación expuesta se impongan pruebas de aptitud a los trabajadores que vinculados con las entidades extinguidas, pretendan el acceso al empleo público, y acudiendo a las vías ofrecidas por la legislación laboral para la extinción en su caso de la relación laboral de aquellos empleados de tales entidades que no superen las pruebas de aptitud requeridas para el acceso al empleo público, pues extinguir sobrevenidamente por tales razones las relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación en las mismas de la Junta de Andalucía pues la Administración desde luego no puede desentenderse sin mas de tales trabajadores, pero ello tampoco puede suponer el mantenimiento de la relación laboral y su conversión en empleo público para aquellos que no superasen las pruebas de aptitud de que se trata.

Aún cabe invocar otro argumento distinto en relación con los denominados procesos de funcionarización motivados por la existencia de personal laboral que desempeñaba funciones que pasen a ser propias de Cuerpos o Escalas de Funcionarios. Tales situaciones, realmente excepcionales como sucede en el caso que nos ocupa, motivaron una copiosa jurisprudencia tanto del TS como del TC en relación a la posi-

bilidad de creación de pruebas específicas de acceso dirigidas de forma restringida al personal que se encontrase en tal situación, sirviendo de ejemplo la STC 27/91 en la que se analizan tales procesos restringidos de selección y su compatibilidad con los principios plasmados en el art. 23.2 de la CE. Pero aún en tales supuestos y contemplando su especialidad, lo discutido era, insistimos la procedencia de establecer procesos restringidos de acceso (admitidos por el TC mediando disposición expresa de ley), pero no, como en el caso que nos ocupa, la integración en el empleo público directa y sin consideración alguna a los principios de mérito y capacidad.

Por último, no desconoce esta Sala la cuestión relativa a la misma inconstitucionalidad de la ley 1/2011 pues esta ley es la que prevé la integración del personal laboral de las entidades a extinguir por la vía de la sucesión de empresas del art 44 del Estatuto de los trabajadores. Ahora bien a juicio de la Sala resulta posible la resolución del presente litigio sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el art 163 de la CE, y ello por dos razones diversas.

La primera en cuanto que si bien la Ley crea la Agencia dentro de la Reordenación del Sector Público Andaluz y define su régimen jurídico, e incluso prevé la subrogación de la Administración en las relaciones laborales es la resolución impugnada la que regla y materializa la integración del personal como empleado público directamente y sin prueba de aptitud alguna, y como consecuencia de esa infracción, se vulneran los derechos y principios constitucionales invocados por los recurrentes. Ello por cuanto según hemos expuesto no es lo mismo la subrogación en las relaciones laborales, la cual no se rechaza pues según dijimos la Administración que extingue las entidades no puede desentenderse de los trabajadores de las mismas, que la atribución directa de la condición de empleado público. En este sentido la subrogación indicada es el punto de partida sobre el que la Administración podría determinar las pruebas de aptitud que con la excepcionalidad de la base sobre la que se opera, esto es la subrogación indicada, garantice en todo caso el respeto al principio de mérito y capacidad, Sin embargo no es esta la línea seguida por la resolución impugnada, sino que la misma va mas allá de lo indicado por la ley, al integrar al personal citado como empleado público sin preveer prueba de aptitud alguna. De esta manera la resolución impugnada hace que la subrogación no sea el punto de partida desde el que operar para garantizar los principio de mérito y capacidad, sino que hace de tal subrogación el único parámetro al que acudir para determinar el acceso al empleo público, y esa opción, propia de la resolución impugnada, es la que se considera

contraria a derecho. Por ello en el actual litigio, no es necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto a la Ley 1/2011, ya que conforme al artículo 35 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional de su validez no depende este fallo.

También desde otro punto de vista resulta innecesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Así los principios de mérito y capacidad resultan directamente del Estatuto Básico del Empleado Público (art 55.1) norma estatal Básica que se impone como tal a la ordenación que sobre el sector público puedan promulgar las diferentes Administraciones. De esta manera resultando tal principio de mérito y capacidad de la legislación básica del Estado queda precluida o cerrada para las Comunidades Autónomas de tal forma que la regulación autonómica que incluso siendo de rango legal resulte contraria a tales postulados básicos resulta inaplicable sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por cuanto se vulnera no la constitución sino la norma básica del Estado que como indicamos crea un primer círculo de ordenación cerrado o precluido a la legislación autonómica. De esta forma la resolución impugnada y más concretamente la previsión que la ampararía (a los efectos puramente dialécticos según lo expuesto en el párrafo anterior) resultarían inaplicables en la medida que vulneran la legislación básica del Estado.

En consecuencia, consta la quiebra del principio de igualdad y vulnerando el derecho de acceso en condiciones de igualdad, conforme a los principios de publicidad, mérito y capacidad, establecido en la Constitución, debe acogerse la petición esgrimida en el suplico de la demanda en relación a la declaración de nulidad de la resolución impugnada.

*(St. de 29 de octubre de 2012. Sala de Granada. Ponente Jorge Rafael Muñoz Cortés)*

#### IV. BIENES PÚBLICOS

Deslinde vías pecuarias. Sanciones. Falta de procedimiento del deslinde. Consecuencias.

En el acuerdo sancionador se señalan como obras realizadas sin autorización las de construcción de un muro de contención de piedra, así como otro de manpostería de 37 metros de longitud y acondicionamiento de un patio en terrenos correspondientes a la vía pecuaria denominada “Cañada Real Algeciras Tarifa Medina”, en el monte de utilidad pública “La Peña”, sita en el término municipal de Tarifa.



Se reprocha por la Administración apelante a la sentencia de instancia la circunstancia de haber tomado en consideración la alegación del demandante sobre falta de deslinde de la vía pecuaria como motivo determinante de la nulidad de la sanción cuando ni dicho motivo fue invocado en demanda, sino improcedente y extemporáneamente en conclusiones y que además, no es cierto la afirmación de la ausencia de deslinde pues el mismo tuvo lugar el 11 de julio de 2005. Por otro lado se añade que en cualquier caso no haría falta el acto de deslinde para entender cometida la infracción, bastando a tal fin con la clasificación de la vía pecuaria y, desde luego, lo que no sería en absoluto necesario es el acto de amojonamiento.

En realidad, el recurso de apelación interpreta de forma incorrecta la sentencia de la juzgadora de instancia. La declaración de nulidad de la sanción se fundamenta, según resulta de la completa lectura de la sentencia, en la falta de prueba de la realización de las obras denunciadas en terrenos correspondientes a la vía pecuaria y ello por cuanto se desconoce su trazado real, el mismo agente denunciante pone de manifiesto las dudas sobre si el terreno afectado por las obras corresponde o no con la vía pecuaria y, por último, la circunstancia de que el propio sancionado hubiera solicitado con anterioridad autorización para el acondicionamiento de caminos no acredita que el lugar donde se han ejecutado las obras no autorizadas corresponda con la misma zona.

Esta conclusión, resultado de la valoración de la prueba practicada la consideramos correcta por cuanto del expediente administrativo resulta que los dos únicos elementos de cargo en que podría justificarse la sanción impuesta adolecen de una imprecisión que los desvirtúa como tales. Así la denuncia del Agente de Medio Ambiente, y en la que posteriormente se ratifica sin mayor añadido, ya pone de manifiesto que tiene dudas sobre si el terreno sobre el que se llevan a cabo las obras, que por lo demás se ejecutan con licencia municipal, se ubica dentro de la cañada real dada la existencia de dos planos de deslinde que discrepan respecto a su trazado. Además, admitiendo que el deslinde se practicó el 11 de julio de 2005, sin embargo no consta ningún informe que afirme con claridad que los terrenos afectados por las obras están incluidos en la vía pecuaria deslindada, sino que el emitido por Ingeniero Técnico Agrícola del Departamento de Vías Pecuarias el 4 de diciembre de 2003 (folio 29 del expediente administrativo) se mueve en la imprecisión de afirmar el deslinde y que parte de la finca ya figuraba como ocupación e intrusión según planos que aporta, pero sin particularizar nada respecto del lugar donde se acometen las obras por las

que se sanciona ni solventar las dudas que el Agente de Medio Ambiente ya puso de manifiesto en su escrito que, tal de vez de una manera rigorista, fue considerado denuncia.

*(St. de 17 de diciembre de 2012. Sala de Sevilla. Ponente José Ángel Vázquez García)*

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Administración Local. Servicio retirada grúa. Procedimiento telemático. Funciones agentes y auxiliares.

Constituye el objeto del presente recurso la Ordenanza de circulación en su particular referido a la inmovilización, retirada y depósito de vehículos del Ayuntamiento de Sevilla publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de 27 de noviembre de 2010.

La recurrente pretende en la demanda que se declare que dicha norma es contraria a derecho, se anule y se deje sin efecto.

Para conocer la pretensión última y los motivos que la fundamentan, cebe señalarse que el recurrente actúa en autos en representación del Comité de Empresa de Aussa, empresa que en virtud de contrato con la sociedad municipal TUSSAM, es la encargada de la retirada de vehículos de la vía pública y su posterior depósito.

Dicho esto, debe advertirse que efectivamente los argumentos esgrimidos en la demanda por la parte recurrente se dirigen a combatir solo dos artículos de la ordenanza impugnada, de lo que debemos concluir que serán esos los que en su caso puedan ser enjuiciados y eventualmente anulados, pero no el resto de la ordenanza que no ha sido combatida.

Así, son dos los artículos expresamente combatidos en la demanda.

El artículo 4 que lleva por rúbrica “Personal al servicio de la retirada de vehículos” y que señala: “El personal del servicio de retirada de vehículos de la vía pública deberá poner en conocimiento de la Policía Local, a través del Servicio Telemático de Retiradas, la concurrencia de alguno de los supuestos de inmovilización o retirada previstos en la presente Ordenanza. Para proceder a la inmovilización o retirada de un vehículo de la vía pública se requerirá, cuando proceda, la previa denuncia de la infracción por un Agente de la Policía Local y, en todo caso orden expresa del Agente, que podrá dictarse por cualquiera de los medios previstos en la misma”.

Este artículo es impugnado por cuanto que la recurrente considera que

establece una obligación para los encargados del servicio de retirada de comunicar la existencia de infracciones, lo que equivale tanto como a imponerles la obligación de denunciar, esto es, un deber que carece de cobertura en la legislación de tráfico.

La representación del Ayuntamiento de Sevilla, se opone a esta interpretación, considerando que no existe realmente deber de denuncia, dado que la misma será en todo caso del agente de la autoridad.

El artículo 14.3 respecto al procedimiento para la retirada y depósito de vehículos, establece un sistema telemático de retirada e inmovilización de vehículos, señalando: “En caso de no encontrarse presente ningún agente de la Policía Local en los supuestos previstos en las letras a) en relación con el art. 10 anexo I, e), f) y g) del artículo 9 de la presente Ordenanza, el personal del servicio de retirada de vehículos procederá a la toma de fotografías que, en tiempo real, serán enviadas al Sistema Telemático de Retirada e Inmovilización de Vehículos.

El agente de servicio, funcionario público, a la vista de la información recibida mediante las fotografías, contrastará los datos del vehículo (matrícula, marca, modelo y color) y podrá optar entre ordenar su retirada, denegarla por no estar acreditados los hechos o solicitar nueva información complementaria para tomar la decisión precedente.

En caso de ordenarse la retirada del vehículo, el personal encargado del servicio de grúa ejecutará la orden y dará traslado del mismo al lugar de depósito. Si fuera necesario, solicitará el auxilio de la Policía Local”.

Este artículo se combate por cuanto que permite, sirviéndose de un servicio telemático al que se enviarán las fotos tomadas por personal de la grúa, que la operación de retirada material del vehículo de la vía pública o lugar en que esté estacionado, la lleve a cabo el personal del servicio de grúa, sin la presencia física en el lugar de agentes de la policía local. En la medida que la intervención de estos se limita a verificar de forma telemática la concurrencia de los presupuestos de la infracción y/o supuestos de retirada, se convierte asimismo al personal del servicio de retirada en agentes de la autoridad, condición de la que carecen.

La representación de la administración local impugna este argumento considerando que la verificación de las circunstancias habilitantes para la retirada del vehículo la realiza en todo caso al agente de policía, quedando todo el procedimiento documentado y contemplando que se pueda requerir la presencia de agentes de la autoridad.

Por último la recurrente denuncia que las nuevas obligaciones que la ordenanza le impone en estas operaciones, conculcan el convenio co-

lectivo que es de aplicación a la actividad laboral del personal del servicio de la grúa.

Examen del artículo 4 de la Ordenanza. Debemos señalar que este artículo se encuadra dentro del capítulo que la ordenanza dedica a los diversos intervinientes en el procedimiento de retirada y depósito de vehículos que se encuentren en los supuestos del artículo 9 de la misma norma.

Así se señala en primer lugar (artículo 3) las funciones de los agentes de la policía local, les cuales tienen evidentemente entre sus funciones la de velar por la observancia de la normativa de circulación aplicable en las vías urbanas, y consecuentemente el deber de formular las correspondientes denuncias anta hechos constitutivos de infracciones. El artículo 5 por su parte contempla la posibilidad de que cualquier persona pueda formular denuncias, sin que por otra parte esta facultad suponga realmente como parece desprenderse de la rúbrica de este artículo que se reconozca en este materia algún tipo de acción pública. El artículo 4, ya transcrito, en lo que se impugna y en la parte que aquí nos interesa, señala como el personal de la grúa deberá comunicar las infracciones que aprecie en los supuestos previsto en la ordenanza.

Pues bien, si acudimos directamente a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, observamos como respecto al inicio de los procedimientos de oficio, y el procedimiento sancionador y el susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen en el administrado lo es siempre, señala en su artículo 69: “1. Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo de órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia”.

Se debe pues distinguir entre el acuerdo de incoación del procedimiento que lo deberá adoptar el órgano competente, de aquellos actos por media de los cuales dicho órgano tenga conocimiento de la existencia de la posible infracción o supuesto legal. Y entre esta forma de conocimiento se contempla la denuncia, como noticia críminis, que en general cualquier ciudadano y/o administrado está facultado para formular ante la administración competente. Sin perjuicio, de que también dicha denuncia pueda proceder de agentes, funcionarios, o particulares, estos últimos con una relación especial de sujeción con la administración, a lo que a la vista de sus funciones se acompaña el deber de denunciar. (sic).

Esta idea, es reproducida por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Trá-

fico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial. El cual, en primer lugar y como competencias municipales señala en su artículo 7 c): “La inmovilización de los vehículos en vías urbanas cuando no se hallen provistos de título que habilite el estacionamiento en zonas limitadas en tiempo o excedan de la autorización concedida hasta que se logre la identificación de su conductor.

La retirada de los vehículos de las vías urbanas y el posterior depósito de aquellos cuando obstaculicen o dificulten la circulación o supongan un peligro para ésta o se encuentren incorrectamente aparcados en las zonas de estacionamiento restringido, en las condiciones previstas para la inmovilización en este mismo artículo.

Igualmente, la retirada de vehículos en las vías interurbanas y el posterior depósitos de éstos, en los casos y condiciones que reglamentariamente se determinen.”

Ya dentro de lo que es propiamente el procedimiento sancionador, señala en el artículo 73, siguiendo lo adelantado más arriba: “1. El procedimiento sancionador se incoará de oficio por la Autoridad competente que tenga noticia de los hechos que puedan constituir infracciones tipificadas en esta Ley, por iniciativa propia o mediante denuncia de los Agentes encargados del servicio de vigilancia de tráfico y control de la seguridad vial o de cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos.

2. No obstante, la denuncia formulada por los Agentes de la autoridad encargados del servicio de vigilancia del tráfico y notificada en el acto al denunciado, constituye el acto de iniciación del procedimiento sancionador, a todos los efectos.”

Para a continuación señalar el artículo 74 y 75 el deber de denunciar por parte de los agentes de la autoridad, así como la presunción de veracidad del contenido de la denuncia.

Por su parte, el Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial, en su artículo 4, que lleva por rúbrica “Denuncias de carácter obligatorio y voluntario”, señala: 1. Los agentes de la autoridad encargados del servicio de vigilancia del tráfico deberán denunciar las infracciones que observen cuando ejerzan funciones de vigilancia y control de la circulación vial (art. 75 apartado 2 del texto articulado).

2. Cualquier persona podrá, igualmente, formular denuncias por hechos que puedan constituir infracciones a los preceptos del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial o de sus reglamentos.

Esto es, distingue entre el deber de denunciar de los agentes de la autoridad, y la denuncia voluntaria como así expresamente se define que cualquier persona podrá formular ante hechos constitutivos de infracción. Respondiendo con ello a la regla de habilitar a los ciudadanos para que puedan denunciar conductas contrarias a las normas que estén expresamente tipificadas como infracciones, pero sin imponerlo como deber, considerado que ello va más allá de lo que pueda ser exigible al ciudadano o administrado.

Volviendo al tema que aquí nos ocupa, la ordenanza impone el deber de denunciar a los agentes de la autoridad, y faculta para denunciar a cualquier persona. También imponer el deber de denunciar (artículo 14.2) a los controladores de la zona ORA, quienes no son agentes ni funcionarios, pero que precisamente en virtud de la relación laboral que tienen con la empresa concesionaria de la gestión el aparcamiento rotatorio o regulado, asumen la función de, valga la redundancia, controlar la observancia de las ordenanza en este punto y el deber de denunciar las posibles infracciones.

Pero ocurre que en el caso del personal del servicio de la grúa, no existe por las funciones que tienen encomendadas, ningún deber de advertir o comunicar la existencia de infracciones, y sí como señala el artículo 3, la de colaborar con los agentes de la autoridad. Pero este deber de colaborar, no implica por lo que aquí se discute, que los mismos tengan el correlativo deber de formular denuncias de carácter obligatorio en la terminología del real decreto citado.

Y es que como claramente se infiere del artículo 3 de la ordenanza, la colaboración material lo es con la inmovilización o retirada de los vehículos, sin prejuzgar como y el medio por el cual se podrá acordar por el agente correspondiente dicha orden de retirada. Pero lo que sí es claro, es que en esa división de denuncias obligatorias y voluntarias, no pueden calificarse las de los encargados de la grúa como de las primeras.

Es cierto que en la ordenanza no se anuda ninguna sanción ni consecuencia jurídica al hecho de que por el personal de la grúa que advierta alguna de las infracciones tipificadas, no se formule la correspondiente denuncia. Pero también lo es que la forma verbal empleada, “deberá”, deja pocas dudas a este Tribunal sobre cual sea la intención de la administración a la hora de imponer un efectivo deber a este colectivo. Deber que se impone finalmente sin que exista precepto legal habilitante a la administración local para su imposición.

Por ello debemos efectivamente, estimar el recurso en cuanto se refiere a este artículo 4, inciso primero y dado que nos está vedada la re-

dación de los artículos anulados (art. 71.2 LJCA), o sentar fallos interpretativos, acordar la nulidad de dicho artículo en lo que se refiere a la parte inicial del párrafo.

Examen del artículo 14.3 de la ordenanza.

Somos conscientes de que anulado el artículo 4 de la ordenanza impugnada, la efectividad del sistema de control remoto que en el artículo 14 se establece se reduce sensiblemente. Ahora bien, como analizado el texto de la ordenanza caben otros supuestos en los que sin presencia de agentes de la autoridad pueda darse el presupuesto de la retirada y depósito de vehículos estacionados en la vía pública, debemos necesariamente entrar a analizar las pretensiones de la recurrente contra este artículo 14.

A este sistema de control remoto, utilizando medios telemáticos, de los supuestos de retira y depósito de vehículos de la vía pública, se refiere ya la exposición de motivos de la propia ordenanza recurrida al señalar: “El tráfico de vehículos a motor se ha generalizado y extendido de tal manera que forma parte de la vida cotidiana, si bien al efectuarse de forma masiva y simultánea, lleva consigo una serie de problemas que es necesario regular para que su ejercicio no lesione intereses individuales o colectivos que deben ser objeto de protección pública, de ahí que sea obligada la intervención de los poderes públicos en el mantenimiento de la seguridad, de la circulación vial en general y en el establecimiento de las medidas correctoras necesarias para evitar el entorpecimiento del tráfico.

Dicha intervención pública ha de incorporar en su gestión las modernas tecnologías de modo que la hagan más operativa, pero sin que la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos pueda mermar las garantías de otros.

En este sentido, con la presente Ordenanza se pretende otorgar un marco jurídico que permita agilizar la gestión del servicio de retirada de vehículos por la grúa, mediante la introducción de un Sistema Telemático de Retirada e Inmovilización de Vehículos dotado de la necesaria seguridad jurídica, en el que, con colaboración del personal que presta dicho servicio mediante la toma material de fotografías en tiempo real de los hechos descritos en la presente norma, las envíe al agente de la autoridad, quien decidirá si se producen los supuestos que dan lugar o no a la inmovilización o retirada del vehículo y en su caso las ordenará, sin necesidad de desplazarse al lugar donde se encuentra aquél.”.

Dicho sistema se caracteriza principalmente por no resultar ya necesaria la presencia de un agente de la autoridad en el lugar donde se

encuentre al vehículo mal estacionado, ni para verificar o comprobar la existencia de infracción o supuesto de retirada del vehículo, ni durante la maniobra de su enganche por la grúa. Y ello como ya hemos visto, por establecer un sistema telemático al que se enviarán las imágenes tomadas y en el que, ahora sí, un agente de la autoridad comprobará de forma remota si se dan los presupuestos para la retirada del vehículo.

Este sistema de control remoto, debemos previamente señalar que venía ya previsto en la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. La cual en su artículo 41 y respecto a las medidas cautelares que podrán adoptarse en materia de tráfico y ordenación vial señala la retirada de toda clase de vehículos y su posterior depósito, estableciendo al respecto que: “La comprobación de la concurrencia del supuesto legitimante de la retirada y la orden de que se lleve a cabo ésta pueden efectuarse de forma remota, a través de fotografías, filmación digital y otros medios tecnológicos. Por ordenanza municipal, y de acuerdo con la legislación vigente en la materia, se regulen las garantías que deben reunir los aparatos a través de los cuales se realice la captación y transmisión de estas imágenes y su incorporación al expediente administrativo”.

Aprovechamos la cita de este artículo y de esta ley, para advertir que este sistema se basa a su vez en la figura del personal auxiliar de la policía municipal (artículo 44), figura que por otra parte está legalmente prevista que la puedan implantar otros municipios.

Disponemos además de al menos un pronunciamiento judicial previo sobre la legalidad de un sistema de control idéntico al de autos, respecto de los vehículos que no observen las disposiciones en materia de aparcamiento regulado. En concreto se trata de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 2005 (nº recurso 82/2002), que en su Fundamento Cuarto tras señalar que efectivamente la retirada de un vehículo en los supuestos previstos en la ordenanza constituye un ejercicio de autoridad, ampara el sistema de control remoto por tres razones: el control de la decisión por parte de los agentes de policía; el principio de eficacia de la actuación administrativa; y las garantías que derivan del sistema al quedar almacenadas en todo caso las imágenes y ordenes adoptadas.

La parte recurrente alega que el sistema de control remoto, en cuanto que no exige la presencia física de agente de la autoridad, y prevé que sea el empleado de la grúa el que tome las fotografías y proceda posteriormente a retirar el vehículo, conculca las reglas establecidas en el procedimiento de retirada y depósito de vehículos que se establece en



la legislación de tráfico. Además de infringir las disposiciones laborales sobre las funciones que están encomendadas a los empelados del servicio de la grúa.

Efectivamente la acción por la cual se retira un vehículo de la vía pública en los supuestos legalmente previsto, reviste la consideración de acto administrativo, adoptado de forma cautelar en el seno de un procedimiento sancionados El cual por la mecánica de los acontecimientos, se incoa casi de forma simultanea a la orden de retirada, y así lo exige por otra parte la necesidad de garantizar el normal desarrollo del tráfico viario. Con lo que a la incoación de un procedimiento se añade la adopción de medidas provisionales que exigen de su ejecución inmediata, para lo que la administración local está habilitada al amparo de la ley 30/92 (artículos 95 y siguientes) y de las competencias que en materia de ordenación del tráfico le atribuyen las diversas leyes de régimen local y sobre tráfico y seguridad vial. Así, el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial señala en sus artículos 83, 84 y 85 contempla las diversas medidas provisionales de inmovilización y retirada de vehículos que podrán ser adoptadas y siempre acordadas por agentes de la autoridad. Lo que aquí se discute es, como ya se ha dicho, si resulta necesaria la presencia física del agente de le autoridad en el lugar donde se encuentra el vehículo, o caso que la operación la realice por si solo el empleado de la grúa. Pues bien, y recordando nuevamente lo que se ha dicho sobre la inexistencia de deber por parte de estos empleados de formular denuncia, no se advierte que por lo establecido se conculque por la ordenanza precepto legal o reglamentario de rango superior. El control sobre los hechos determinantes de la retirada del vehículo y la decisión de que esta se lleve a cabo la mantienen de forma exclusiva por implicar ejercicio de autoridad, los agentes de policía. Además el apartado 4 del artículo 14 prevé el almacenamiento de todas las imágenes enviadas, así como de las órdenes que los agentes impartan respecto a la retirada o envío de nuevas fotografías. Este nuevo sistema además, en la medida que permite almacenar imágenes del vehículo, además de mayor seguridad jurídica para el ciudadano, también la reporta para el servicio de la grúa, en cuanto que; permitirá almacenar con las debidas garantías por ejemplo, imágenes sobre el estado del vehículo antes de ser retirado. En la medida que la toma de decisión se mantiene por parte de los agentes, la función del servicio de grúa se mantiene igual que antes, encargados de la retirada de los vehículos y colaboradores materiales de los mismos en esa actividad. El que por

otra parte, el nuevo sistema establecido por la ordenanza vaya a exigir de los empleados de la empresa concesionaria de este servicio que realicen fotografías y las envíen al sistema telemático, dará lugar en su caso a las consecuencias mercantiles o laborales que procedan, pero en modo alguno limitan la potestad normativa y de organización que ex lege corresponde a los municipios.

Con lo dicho procede pues desestimar en este punto el recurso deducido por la recurrente contra el artículo 14.3 de la ordenanza impugnado.

*(St. 11 enero 2013. Sala de Sevilla. Ponente Juan María Jiménez Jiménez)*

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Aborto. Objeción de conciencia. La objeción no es un derecho fundamental. Juego del derecho a la objeción en el marco de su legitimación legal.

La sentencia apelada estimó la pretensión de la hoy parte apelada, dentro del proceso especial de protección de los derechos fundamentales, en orden a reconocer su objeción de conciencia por motivos deontológicos y, como consecuencia, su negativa a implicarse directamente en cualquier acto relacionado con la interrupción voluntaria del embarazo, tanto en la fase consultiva como en la preparatoria y en la ejecutiva, desde el entendimiento de que la negativa de la Administración a esa solicitud vulneraba el derecho fundamental consagrado en el art. 16.1 de la Constitución,

La Administración sanitaria andaluza insiste en su recurso de apelación desde la base de que en el Texto Fundamental no se contiene la objeción de conciencia respecto del aborto, no pudiéndose incluir ésta en el texto en pro de la libertad religiosa que se consagra en el referido, art. 16.

Plateada así la cuestión que ha de abordar la Sala, ésta, hace suyas las consideraciones de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 1 de julio de 2012 (Recurso 1049/11). Las siguientes: “En principio debemos recordar que, como ha señalado la STC 154/2002, de 18 de julio, siguiendo la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, citada al efecto por la STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3, que “los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran

de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (STC 11/1981, FJ 7, y 1/1982, FJ 5, entre otras)”, y que, “en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, FJ 3)”.

De lo expuesto se desprende, según afirman las mencionadas Sentencias, que “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 69/1982, FJ 5, y 13/1985, FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, FJ 7), y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ 4 a 6; 12/1990, FJ 8, y 137/1990, FJ 6)”.

Ya se dijo en la STC 15/1982, fundamento 7.º, que, a diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones de libertad de conciencia, el derecho a la objeción no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta (la del servicio militar), sino que ese derecho introduce una excepción que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso. Es decir, que no se garantiza una abstención, sino el derecho a ser declarado exento el objeto del servicio militar, que habrá de cumplirse de no mediar esa declaración. De ahí, añade la citada Sentencia, que “la objeción de conciencia exija para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el art. 30.2 de la Constitución, con las debidas garantías, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud”.

De ahí la necesidad de la *interpositio legislatoris*. Por un lado, el legislador, la comunidad, no puede satisfacerse con la simple alegación de una convicción personal que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común. De otro, el objeto, para la reconocibilidad de su derecho, ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (art. 9.2 CE.), colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo —frente a la coacción externa— en la intimidad personal, en cuando nadie está “obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias” (art. 16.2 CE.). La idea de que el derecho, incluso el fundamental, repudia toda regulación legal no parece conformarse con la técnica constitucional; el propio art. 16 ya admite la entrada legislativa al determi-

nar que las libertades que reconoce pueden ser limitadas por el orden público protegido por la Ley, lo que es independiente, por otra parte, de la mínima regulación precisa para que el derecho sea viable, como antes se ha indicado. Conclusión que es mucho más clara y terminante cuando se trata de un derecho, si bien constitucionalmente reconocido, no fundamental”.

No obstante sería bueno recordar la STC 15/1982, de 23 de abril, que, además de calificarlo como derecho constitucional, dijo que el derecho a la objeción de conciencia era una “concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16”, después de haber indicado la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia.

El Pleno de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, en sentencias (cuatro) de 11 de febrero de 2009 dictadas en los recursos de casación 948/08, 949/08, 905/08 y 1013/08, examinó, entre otras cuestiones, si existe o no en nuestro ordenamiento un reconocimiento de alcance general del derecho a la objeción de conciencia. De la sentencia dictada por el Pleno de la Sala en el recurso de casación 948/08 extraemos los siguientes párrafos:

“(…) Sobre lo primero, además de recordar que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2, hemos de reiterar que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado. Asimismo, es preciso añadir que ni las normas internacionales, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo han reconocido en el ámbito educativo.

Desde luego, nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. Lo que ocurre es que se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo -no constitucional- y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, que podría crear, modificar o suprimir dicho derecho según lo estimase oportuno. Para sostener que, más allá de los específicos supuestos expresamente contemplados por la Constitución, de ésta surge un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que no podría ser ignorado por el legislador, suele invocarse –como se ha hecho en el caso ahora exa-

minado— el artículo 16 de la Constitución. La idea básica de quienes sostienen esta postura es que la libertad religiosa e ideológica garantiza no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias. Pero ésta es una idea muy problemática, al menos por dos órdenes de razones.

En primer lugar, una interpretación sistemática del texto constitucional no conduce en absoluto a esa conclusión, incluso, pasando por alto que la previsión expresa de un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar en el artículo 30.2 no tendría mucho sentido si existiese un derecho a la objeción de conciencia de alcance general dimanante del artículo 16, es lo cierto que el tenor de este último precepto constitucional dista de abonar la tesis de que la libertad religiosa e ideológica comprende el derecho a comportarse siempre y en todos los casos con arreglo a las propias creencias. En efecto, la libertad religiosa e ideológica no sólo encuentra un límite en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados, que es algo común a prácticamente todos los derechos fundamentales, sino que topa con un límite específico y expresamente establecido en el artículo 16.1 de la Constitución “el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Pues bien, por lo que ahora importa, independientemente de la mayor o menor extensión que se de a la noción de orden público, es claro que ésta se refiere por definición a conductas externas reales y perceptibles. Ello pone de manifiesto que el constituyente nunca pensó que las personas pueden comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, allí donde comienza el orden público.

En segundo lugar, en contraposición a la dudosa existencia en la Constitución de un derecho a comportarse en todas las circunstancias con arreglo a las propias creencias, se alza el mandato inequívoco y, desde luego, de alcance general de su artículo 9.1 “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Este es un mandato incondicionado de obediencia al Derecho. Derecho que, además, en la Constitución española es el elaborado por procedimientos propios de una democracia moderna. A ello hay que añadir que el reconocimiento de ir derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.

Una vez sentado que el artículo 16 de la Constitución no permite afir-

mar un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, es preciso verificar si podría encontrar fundamento en la jurisprudencia o en algún instrumento internacional.

Comenzando por los precedentes jurisprudenciales, la verdad es que distan de ser nítidos y lineales. Es indiscutible que la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, relativa a la despenalización del aborto en ciertas circunstancias, afirma que el personal sanitario puede oponer razones de conciencia para abstenerse de participar en intervenciones dirigidas a la interrupción del embarazo, Pero a partir de aquí sería muy difícil extraer un principio general por constituir claramente un supuesto límite.

Más clara, como precedente en materia de objeción de conciencia, es la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, relativa a la condena penal de unos padres que, a causa de sus creencias religiosas, no autorizaron una transfusión sanguínea para su hijo menor, que luego falleció. Ciertamente, el Tribunal Constitucional consideró que dicha condena penal supuso una violación de la libertad religiosa de los padres; lo que, al menos implícitamente, implica admitir que la libertad religiosa puede tener algún reflejo en el modo de comportarse. Pero tampoco sería fácil extraer de aquí un principio general, por varios motivos; se trata de una sentencia atinente a cuestiones específicamente religiosas, no morales en general; se trata de una sentencia aislada; y se trata, sobre todo, de una sentencia muy ligada a las innegables exigencias de justicia material del caso concreto.

Y, en cuanto a las sentencias del Tribunal Constitucional 177/1996 y 101/2004, se contemplaban casos en que un militar y un policía fueron obligados a participar en actos religiosos. Cuando alguien sometido a una especial disciplina es obligado a participar en un acto religioso, hay sencillamente una violación de su libertad religiosa.

La jurisprudencia constitucional española, en suma, no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. Y, por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Es verdad que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado. Y es probable que, tras la mención específica a la Carta en el artículo 2 de la Ley Orgánica

1/2008, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla debe ya ser utilizada como canon interpretativo aun cuando el mencionado Tratado de Lisboa no haya todavía entrado en vigor. Ahora bien, la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen Derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado. El artículo 10.2 de la Carta, además, requiere expresamente una “interpositio legislatoris” para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule (...).

De la anterior exposición, pues, se puede deducir que para el caso de que una mujer decida interrumpir voluntariamente su embarazo, no se exime al médico del deber de informarle sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho, caso de proseguir el embarazo, y sobre los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión. Resulta imposible poder predeterminar el alcance subjetivo que para cada médico supondrá en relación con sus creencias religiosas o ideológicas, por ejemplo, el hecho de tener que informar a una mujer que haya decidido abortar de los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión, y ello partiendo de la base de que en ningún caso se puede ofender a quien está en contra del aborto y debe informar sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho caso de seguir con su embarazo.

Por tanto, el médico, que legítimamente opte por la objeción de conciencia, a la que tiene derecho según su norma reguladora, no queda eximido de informar a la mujer sobre los derechos que el Estado le otorga en esta materia.

En realidad el planteamiento de la demanda parte de estimar la objeción de conciencia como un derecho absoluto frente a cualquier otro derecho, incluso sobre el derecho a la vida pues no se puede entender de otro modo que se cuestione la posibilidad de solventar un riesgo vital derivado de la práctica de una interrupción del embarazo. El problema es que la determinación del contenido del derecho es individual y es el individuo quien debe afrontar su posición frente a la norma y desde esa posición confrontar su libertad con la obligación legal que se le impone. A priori, pues, no se puede sostener que las obligaciones del personal sanitario respecto de la interrupción voluntaria del embarazo vulnera el art. 16 de la Constitución porque parte de una prioridad absoluta de la objeción de conciencia que equivale a su consideración como derecho primario y absoluto que deben respetar el resto de los derechos reconocidos.

Debemos recordar que el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 2/2010, de

3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, establece que en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes; el médico se sitúa frente a una decisión personal del individuo que afecta a su esfera personal en ejercicio de un derecho fundamental, (art. 16.1 CE) y que la sociedad protege a través de un sistema de protección expresamente establecido (Ley Orgánica 2/2010) y ante la que solamente se le exige informar sobre unos derechos que anudados a otros configuran esa decisión personal.

Al hilo de estos razonamientos se ha de tener presente que el art. 19 de la LO 2/10, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, dispone que los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia, El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

De lo que se deduce que, ante todo, que el derecho a la objeción de conciencia en relación a la interrupción del embarazo no es un derecho fundamental que quepa incardinarlo en el art. 16.1 de la Constitución que, por el contrario es objeto de una regulación legal ordinaria, a la que el interesado debe sujetarse en cada caso concreto estando excluida de la misma la atención médica anterior y posterior a la intervención propia de la interrupción del embarazo.

Por todo lo anterior procede la estimación del presente recurso y, en cuanto al pago de las costas procesales causadas en el recurso de apelación y visto el resultado favorable para la parte apelante, no procede condenar a su pago a la misma, según lo dispuesto en el art. 139 de la Ley 29/98.

*(St. 18 de febrero de 2013. Sala de Málaga. Ponente José Baena de Tena).*



## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Valoración de suelos. Interpretación de la Disposición Transitoria Tercera punto 1 de la Ley 8/2007 respecto a la fecha de valorización.

El Jurado Provincial de Expropiación fijó el justiprecio de acuerdo con el siguiente detalle:

1,4370 has. labor de regadío. x 36.000 €/ha	51.732,00 €
Valor de cosechas	431,10 €
Sistema de riego	50.871,64 €
Pozo: 12ml x 180,30 €/ml	2.163,60 €
Afección 5% s/51.732 €	2.586,60 €
Total	107.784,94 €

El Jurado parte de la clasificación del suelo como no urbanizable y entiende aplicable el artículo 26 la Ley 6/1998, aunque no aclara cual de los métodos valorativos (comparación o capitalización de rentas) aplica.

La propiedad entiende que se trata de un suelo expropiado para la realización de un sistema general, por lo que la valoración ha de hacerse, como si de suelo urbanizable se tratase, por el método residual, de acuerdo con lo cual aporta valoración realizada por arquitecto a tenor de la cual el valor del suelo sería el reclamado en su hoja de aprecio.

Con carácter previo, tendremos que pronunciarnos sobre la Ley aplicable, ya que, cuando se inicia el incidente de justiprecio ya estaba en vigor la Ley 8/2007.

Sobre ello ya nos hemos pronunciado en alguna ocasión, como en sentencia de 23 de diciembre de 2010, que puso fin al recurso 1302/2008. Y, como dijimos allí:

“Con carácter previo, hemos de examinar la cuestión de la norma aplicable, por razón del tiempo, a la valoración que aquí nos ocupa. Para ello es preciso determinar el sentido de la disposición transitoria tercera, punto 1, de la Ley 8/2007, a cuyo tenor: Las reglas de valoración contenidas en esta Ley serán aplicables en todos los expedientes incluidos en su ámbito material de aplicación que se inicien a partir de su entrada en vigor.

“Ciertamente, tal texto suscita dudas acerca del momento a que debe referirse tal previsión: al inicio del expediente expropiatorio (aprobación de la relación de bienes y derechos), al inicio del expediente de justiprecio o a la fecha en que se adopta el acuerdo de valoración. La Ley 8/90, pese a algunas dudas, se refería, en el sistema de expropiación, a la fecha de inicio del expediente expropiatorio, a la aprobación de la

relación de bienes y derechos. La Ley 6/1998, dejaba en claro que la fecha a tener en cuenta era la de la fijación del justiprecio. En la Ley 8/2007, no se hacen referencias concretas. Pero el punto uno transcrito de la disposición transitoria tercera de la Ley 8/2007, no precisa el momento, dentro del procedimiento de expropiación al que habrá que estar para la aplicación de la nueva norma. Sin embargo, poniendo en relación el texto citado con el punto segundo de la misma disposición transitoria, podemos concluir que la fecha a tener en cuenta es la de aquella a la que deba referirse la valoración. Es decir, conforme al artículo 36 de la Ley de Expropiación Forzosa, al inicio del expediente de justiprecio: a la fecha del requerimiento para la presentación de la hoja del justiprecio.

“En consecuencia, ya que el requerimiento aludido se produce en el mes de febrero de 2008, cuando ya estaba en vigor la Ley 8/2007, habrá que estar a las disposiciones que sobre valoración del suelo se contienen en dicha norma.

Ciertamente, si acudimos a los antecedentes legislativos, vemos como por parte del Grupo Parlamentario Catalán se intenta poner de manifiesto las dudas que se podían suscitar con relación a los expedientes expropiatorios iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley, por lo que propone una enmienda, la 224 del índice de enmiendas, de introducción de una nueva disposición transitoria que recogiera un régimen parecido al de la Ley 6/1998. Sin embargo la enmienda no fue aprobada.

En consecuencia, ya que el requerimiento aludido se produce en el mes de febrero de 2008, cuando ya estaba en vigor la Ley 8/2007, habrá que estar a las disposiciones que sobre valoración del suelo se contienen en dicha norma.

Podría plantearse si, de acuerdo con la doctrina que hace valer la entidad expropiada, el suelo afectado por la expropiación puede considerarse incluido en algún ámbito de desarrollo a efectos de la aplicación del número dos de la disposición transitoria tercera de la Ley. Sin embargo la Ley es muy clara cuando se refiere a suelo urbanizable incluido en ámbitos delimitados para los que interpretar la misma como una red de carácter supramunicipal de ámbito metropolitano, añadiendo a continuación que dicho tramo no forma parte de entramado urbano alguno.

Por lo demás, el que infraestructuras supramunicipales aparezcan en el planeamiento no las convierte en sistemas generales urbanos. Se trata simplemente de una exigencia del ordenamiento sectorial correspondiente o simple previsión en cuanto que tales infraestructuras han de

condicionar el modelo territorial; pero no son sistemas generales exigidos por la ejecución del planeamiento. No deben confundirse, los sistemas que vienen bien a la ciudad, como cualquier sistema general, incluidos los supramunicipales, con los servicios que hacen ciudad, que se integran en la malla.

Y, siendo las mismas las razones que se hacen valer en la demanda, con las que, según parece, se pretende extender a la valoración de cualquier suelo expropiados para sistemas generales el régimen del suelo urbanizable sectorizado, a lo dicho hemos de estar, por lo que procede desestimar el recurso en cuanto a la valoración como suelo urbanizable.

Valor del suelo.- Dice la actora que, aun partiendo de su clasificación como suelo no urbanizable, el suelo tiene un valor muy superior a las 36.000 euros por hectárea tenido en cuenta por la Comisión, citando como testigo el precio de venta de terrenos por la actora a la compañía H. E., S.A. Y el precio acordado con la misma en transacción judicial.

Sin embargo ya hemos dicho que el método de comparación queda excluido en la vigente Ley de Suelo. Aparte de que en la venta que se cita, para instalación industrial, se aprecian intereses distintos de los de la pura explotación agrícola, lo que no ocurre con los terrenos de los que aquí nos ocupamos.

Valor por capitalización de renta.- Es el único cálculo que se hace ajustado al sistema de la Ley aplicable y debe tenerse en cuenta que la pericia es el planeamiento haya establecido las condiciones para su desarrollo; y, en nuestro caso, la previsión del PGOU a la fecha a la que debe referirse la valoración no incluía el suelo expropiado en ámbito alguno de desarrollo, siendo la carretera, sistema general supramunicipal, que se convierte en límite que separa el suelo urbanizable sectorizado del no sectorizado. Por tanto, no estaríamos ante el supuesto de la disposición transitoria tercera número dos de la Ley 8/2007.

Pero es más, como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3a, Sección 6a, de 14 de febrero de 2007, mencionando otras de esa Sala de 3 de diciembre de 2.002 y 22 de diciembre de 2.003 “la valoración como suelo urbanizable de terrenos destinados a sistemas generales, ya vengan clasificados como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica, procede en aquellos supuestos en que estemos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad, lo que en el supuesto de la vía de comunicación es predicable de aquéllas que integran el entramado urbano, pero no de las vías de comunicación interurbanas, pues lo contrario nos llevaría al absurdo de considerar como suelo urbanizable todas las vías de comunicación, incluidas las auto-

pistas y carreteras nacionales en toda su extensión, con la posible excepción que se fija en las Sentencias de 22 de diciembre y 12 de octubre de 2.005, entre otras, en relación con la vía de comunicación de las grandes áreas metropolitanas, aun cuando afecten a términos municipales distintos, en que habrá que acreditar en cada caso concreto si responden a esa finalidad de crear ciudad.”

En el presente supuesto, en ningún caso nos consta acreditado que ese fin de crear ciudad se haya cumplido con la ejecución del proyecto que justifica la expropiación, al menos en el tramo correspondiente a la finca de la sociedad actora, pues como se indica en el informe pericial emitido por Arquitecto y que obra en el ramo de prueba: “tal y como se aprecia en la planimetría de la red viaria del municipio, podemos dictaminar en base a las determinaciones del PGOU que el tramo de la autovía SE-40 que discurre por los terrenos expropiados actualmente no está integrado en la red viaria del municipio, debiéndose una prueba más a valorar de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que exige que en la pericia se contengan las premisas y razonamientos que permitan al juez, sin necesidad de ser experto, formar una convicción adecuada acerca de lo ajustado de los razonamientos del perito y de lo que concluye. Esta exigencia solo se cumple en el informe pericial aportado por Ingeniero Agrónomo en el periodo probatorio y cuya conclusión sobre el valor del suelo destino a labor de regadío aceptamos. De este modo, valorado a razón de 54.645,92 €/Ha. el correspondiente al suelo expropiado (1,4370 Has) alcanza la cifra de 78.526,18 €.

Respecto a la posibilidad de incrementar el valor así determinado en un 20% como se recoge en el informe pericial, aplicando lo señalado en el art. 22 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo y como razón el factor localización particularizado en su cercanía a la barriada de Torreblanca de Sevilla, ciertamente a la fecha de emisión del informe no se había publicado el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Valoraciones del suelo, pero esta circunstancia no exime de la obligación de concretar en el dictamen pericial los elementos tomados en consideración para el incremento del valor del suelo (número de habitantes, infraestructuras cercanas, facilidad en la conexión con vías de comunicación etc.), no bastando con la mención, sin mayor detalle, de su cercanía a una barriada de la ciudad de Sevilla.

Resto de conceptos. Junto con el valor del suelo, el Jurado Provincial de Expropiación incluye en su acuerdo el valor de conceptos tales como cosechas pendientes, pozo y sistema de riego. En el informe pericial

aportado existe coincidencia respecto a las cosechas y valor del pozo y sólo hay una muy ligera variación respecto del sistema de riego y que no justifica la modificación de lo acordado por el órgano de valoración, máxime cuando coincide con el indicado en la hoja de aprecio de la expropiada.

De lo expuesto se concluye que el valor del suelo ha de incrementarse hasta la cantidad de 78.526,18 €, a lo que hay que añadir 2.163,60 € por el pozo y 50.871,64 € por el sistema de riego. A la suma de estas cantidades (131.561,42 €) se debe añadir el 5% del premio de afección (6.578,07 €) y no solo respecto del valor del suelo como erróneamente considera el Jurado de Expropiación. De esta forma, añadido el valor de las cosechas pendientes, el justiprecio se elevará a la suma total de 138.570,59 €.

*(St. de 10 de diciembre. Sala de Sevilla. Ponente José Ángel Vázquez García).*

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Justiprecio. Legitimación de la expropiación. Decaída la causa expropiandi pero no alegada por las partes la Sala revisa y modifica al alza el justiprecio.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Cádiz, en sesión celebrada el día 15 de octubre de 2009, fijando en la cantidad de 73.657,87 € el justiprecio correspondiente a la expropiación por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda de la edificación destinada a bar, con una superficie de 147,78 m<sup>2</sup>, con nº de finca registral 12.818 en ejecución del Proyecto de expropiación de la Unidad de Ejecución UE-BT-1 “Botánico”.

Con carácter previo al enjuiciamiento de la legalidad del acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones sobre fijación del justiprecio, debemos poner de relieve que en las sentencias dictadas por este Tribunal y Sección en los recursos contencioso-administrativos nº 1124 y 1125/2009 y que van referidos a idéntico proyecto expropiatorio, ya dijimos que “la posibilidad de hacer decaer la validez del justiprecio poniendo de relieve la existencia de infracciones del procedimiento expropiatorio tan esenciales que de su cumplimiento depende la verificación de que concurre la causa expropiandi esta pacíficamente admitida por la jurisprudencia, y por ejemplo, en la STS de 05 de Diciembre del 2007 (STS 9067/2007) expone, “*que la falta de causa expropiandi que aca-*

*rra la nulidad del expediente expropiatorio y que como causa de nulidad de pleno derecho puede alegarse por los propietarios-expropiados al impugnar el acuerdo de justiprecio del Jurado, pues como dijimos, entre otras, en nuestra sentencia de veintisiete de junio de dos mil seis -recurso de casación 3247/2003 -, «para proceder a la expropiación forzosa será indispensable según determina el artículo 9 de la Ley de Expropiación Forzosa, la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin que haya de afectarse el objeto expropiado, declaración que no es un simple requisito para que pueda iniciarse el procedimiento expropiatorio, sino que es el presupuesto necesario -"indispensable" es el término utilizado por la Ley que legitima dicho procedimiento-. La declaración de utilidad pública o interés social forma parte del mismo instituto expropiatorio, de tal modo que su falta determina la inexistencia de la causa expropiandi y la consiguiente carencia de potestad en la Administración para realizar actos válidos con eficacia expropiatoria. Faltando la declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado, los actos que con una pretendida finalidad expropiatoria verifique la Administración no tienen validez jurídica alguna, por lo que deben calificarse de nulos de pleno derecho... En este caso, la legitimación de la expropiación vino dada por el planeamiento urbanístico de Sanlúcar de Barrameda, o para más precisión, del denominado Plan Especial de Reforma Interior de la Unidad de Ejecución U.E. BT1 "Botánico" con la finalidad de mejorar las condiciones de urbanización mediante la incorporación de dotaciones comerciales y la mejora de la accesibilidad con el área oeste de la ciudad. Lo cierto es que la sentencia de esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla de 2 de noviembre de 2007 (recurso 763/2005 de su Sección 2ª) ha estimado el recurso interpuesto por R. contra la aprobación definitiva del mencionado Plan Especial de Reforma Interior, por motivos y razones que ahora no resulta necesario discutir. Por tanto, el expediente expropiatorio y, en su caso, la ocupación efectiva de los bienes se han llevado a cabo sin el amparo de la causa expropiandi válida que representaba la modificación del planeamiento declarado nulo, requisito que la LEF configura expresamente como previo de toda operación expropiatoria" Como consecuencia de la declaración antecedente, en los recursos indicados y en correspondencia con la pretensión articulada por los respectivos demandantes, declarábamos nulo el acuerdo de fijación del justiprecio ante la nulidad sobrevenida del expediente expropiatorio y la ausencia de causa habilitante. No obstante, ninguna de las partes en el presente recurso han hecho valer la nulidad del planeamiento en que se justifica la expropiación como motivo de nulidad del acuerdo de fijación del justiprecio y la controversia se ha limitado a discrepar sobre el importe del mismo. Debiendo esta Sala dictar sentencia de conformidad con*

las pretensiones de las partes y sin que sea posible modificar las mismas, el pronunciamiento que debemos hacer debe ir referido a la procedencia o no en Derecho del justiprecio determinado por el órgano de valoración, sin ninguna otra consideración y sin perjuicio de la virtualidad que pudiera tener en el pago del mismo la declaración de nulidad del título habilitante de la expropiación y la circunstancia de que hubiera podido tener lugar la ocupación del bien expropiado sin soporte legal alguno.

Sobre la base de lo expuesto en el fundamento anterior, la Comisión Provincial de Valoraciones distingue entre el valor del suelo y el de la edificación, aplicando los criterios establecidos en la Ley 6/1998, de 13 de abril. Respecto del suelo y dado que se trata de un suelo urbano sin urbanización consolidada, con sujeción a lo establecido en el art. 28.2 de la Ley 6/98 fija el justiprecio aplicando al aprovechamiento resultante del correspondiente ámbito de gestión en que esté incluido, el valor básico de repercusión más específico recogido en las ponencias de valores catastrales.

La demandante, por el contrario, considera que ha aplicarse el método residual para la determinación del valor del suelo al entender que han perdido vigencia las ponencias de valores para el municipio de Sanlúcar de Barrameda puesto que anualmente, y a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la Administración Autonómica ha venido actualizando dichos valores.

La Ponencia de valores catastrales de municipio de Sanlúcar de Barrameda se aprobaron en el año 1998, entrando en vigor en el año 1999, por lo que a la fecha de valoración del bien expropiado, no habrían transcurrido los diez años a que se refiere el art. 28.3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario como de pérdida de vigencia y sin que se hayan advertido modificaciones sustanciales en el planeamiento que impliquen tácitamente dicha pérdida de vigencia y tampoco cabe considerar que la misma hubiera tenido lugar como consecuencia del incremento que a efectos impositivos hubiera llevado a cabo la Administración autonómica, pues tal circunstancia no implica su alejamiento sustancial del valor de mercado. Por otro lado indicar que respecto a la discrepancia sobre la superficie expropiada (147,78 m<sup>2</sup> según la Administración expropiante y 152,56 m<sup>2</sup> según la expropiada), la propia Comisión de Valoraciones justifica la aceptación de la primera de estas cifras, a falta de prueba precisa en contrario y por encontrarse dentro del margen de tolerancia, de un 5% de error,

en el levantamiento de planos de parcelas respecto del fijado a efectos catastrales.

Nada opone la demandante respecto del valor de la edificación fijado por la Comisión Provincial de Valoraciones por lo que hemos de aceptar el señalado por dicho órgano. Donde si discrepa la recurrente es en el hecho de que no se hayan valorado otros conceptos tales como los de acondicionamiento de un nuevo local en el que desarrollar la actividad de bar, la indemnización por pérdida de beneficios durante el traslado, la pérdida de clientela derivada de la nueva ubicación y paralización de la actividad y los costes financieros inherentes al traslado de industria, cifrando todos ellos en 72.292,65 €.

El motivo esgrimido por la Comisión de Valoraciones para no establecer indemnización alguna por estos conceptos es su falta de acreditación. Dicho argumento estimamos que es correcto respecto a costes como el pérdida de beneficios, lucro cesante o costes financieros, pues nada se acredita al respecto e incluso respecto del traslado e instalación de la maquinaria para la elaboración de mosto dado el precario estado de conservación de la misma. Sin embargo, tal y como se recoge en el informe pericial resultado de la prueba practicada en el proceso, en cualquier caso sí existe un coste de transporte del utillaje, maquinaria y mobiliario que el perito valora en 3.518,88 € y que debe formar parte el justiprecio, incrementando éste en dicha cantidad respecto de lo fijado por la Comisión Provincial de Valoraciones.

*(St. de 24 de diciembre de 2012. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García).*