

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. BIENES PÚBLICOS. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

POTESTAD NORMATIVA LOCAL

Las Entidades Locales, de acuerdo con la Carta Europea de Autonomía Local, tienen dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra Administración.

“El motivo de casación trasluce una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad. de suerte que la Corporación Local solo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

para ello. Sin embargo, hoy en día no es su concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de Tratado fue incorporada a nuestro Ordenamiento, cual es la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquellas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia. si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

En esta línea. prescindiendo ahora por su problemática singular de algunas significativas que se refieren a la potestad normativa local en materia sancionadora (como por ejemplo las de 29 de septiembre de 2003 y 25 de mayo de 2004, son de oportuna cita dos sentencias de este Tribunal de fechas 21 de mayo de 1997 y 30 de enero de 2008, dictadas respectivamente en el recurso de apelación 5996/1992 y en el de casación 1346/2004, En la primera de ellas, frente a la tesis que negara la competencia municipal por no existir a su favor un acuerdo firme y definitivo por parte de la Administración titular de la competencia principal en la materia. afirmamos que esa interpretación es excesivamente restrictiva y dudosamente compatible con la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (artículo 140 de la Constitución, la cual debe ser interpretada, en el terreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante Instrumento de 20 enero 1988, con arreglo a cuyo artículo 4.2 “las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”, y en la segunda. en un supuesto de impugnación de una ordenanza de un municipio catalán que regulaba la liberación de olores a la atmósfera, entendimos que las Corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias. como lo es en especial la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado. siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, “para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas a que se refiere el art. 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local”, Las anteriores reflexiones son también predicables a supuestos en que las Entidades Locales extiendan el ámbito de aplicación de normas autonómi-

cas a supuestos en éstas no previstos, denuncia ésta que concita gran parte del esfuerzo argumental de la recurrente, pues esto, de ser así, no sería sino la manifestación del ejercicio de la competencia normativa local, dotando de una determinada regulación a un concreto campo de la realidad social sujeto al ámbito de sus competencias”.

(STS de 9 de diciembre de 2009. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 2069).

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

SOCIEDAD MERCANTIL PÚBLICA

El TS declara la nulidad del Decreto 117/1998 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se modifican los estatutos de EGMASA, por omisión del trámite de audiencia y participación de personas o entidades afectadas (artículo 105 CE), frente al pretexto alegado por la Administración demandada de tratarse de una norma de mera autoorganización.

“Distinta es la conclusión relativa al defecto del trámite de audiencia. al aclararse en este caso el derecho constitucional de participación pública.

A juicio de la Administración demandada, el trámite de audiencia no es necesario por tratarse de una norma organizativa, y porque, en cualquier caso y según se afirma. dicho trámite solo es preceptivo para las Asociaciones u Organizaciones que no tienen el carácter de voluntarias. que ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, pero no para las de carácter voluntario, entre las que están las citadas por el sindicato recurrente.

Frente a ello, considera éste que se ha cometido infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno, por el que se regula el procedimiento de elaboración de los Reglamentos. en relación con la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que impide que las sociedades mercantiles estatales puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.

De conformidad con el artículo 24 el de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. del Gobierno, aplicable al caso de conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la ya derogada Ley 6/1983. de 21 de julio del Gobierno y Administración de la comunidad Autónoma de Andalucía, «*elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciuda-*

danos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado».

El trámite de audiencia no es aplicable «a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las ‘Organizaciones dependientes o adscritas a ella».

Ciertamente, y según se anticipaba, la simple modificación de los Estatutos societarios de una empresa dependiente de la Administración, aun teniendo en su integridad capital público, no supone materialmente el vaciamiento de potestades administrativas, como tampoco incide directa e inmediatamente en la situación de los funcionarios públicos, como no afecta a los intereses defendidos por el sindicato recurrente la distribución competencial entre diversos departamentos.

No obstante, según ya indicamos, existe cierto nexo entre el interés defendido por el sindicato recurrente y el contenido de la disposición impugnada, nexo causal que le atribuye la legitimación activa en este proceso, pues aquél asume la defensa de los intereses de los funcionarios pertenecientes a cualquier Administración y, en cuanto se afecten “*los derechos e intereses legítimos*” de éstos, será preciso o, al menos, conveniente el trámite de audiencia, y así hemos declarado en otras ocasiones que la cuestión del trámite de audiencia está vinculada estrechamente a la legitimación para recurrir.

En el caso enjuiciado, el ya examinado riesgo potencial de fuga del Derecho administrativo que tiene lugar con el Decreto objeto de recurso, aunque existiese con anterioridad a la norma impugnada, tiene su concreción en un diferente sistema de contratación administrativa, en la exclusión de gran parte de la actividad de estas empresas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y, especialmente, en excepcionar el régimen de selección de su personal de los principios de mérito y capacidad que la Constitución Española establece preceptivamente para los funcionarios públicos, rigiendo un sistema de libre selección de un personal cuyas retribuciones van a ser sufragadas con el erario público, y que a la vista del objeto societario pueden desempeñar funciones similares a las que desarrollan éstos.

Ese riesgo de huida silenciosa, cualifica el interés defendido por el sindicato recurrente, y refuerza la necesidad de dar audiencia, como parte esencial de principio de participación pública, no solo al sindicato de funcionarios recurrente sino también al resto de entidades que defiendan intereses afectados por el ámbito de actuación de la Administración demandada.

Como se decía en la Sentencia de esta Sala Tercera de 1 diciembre 2008, es el propio apartado c) del artículo 24 de la Ley 50/1997, el que en términos generales marca la pauta de cuáles son los ciudadanos que han de ser oídos y a través de qué organizaciones o asociaciones se instrumentará la audiencia, y se entiende que serán en general aquellos ciudadanos cuyos intereses o derechos legítimos pueden ser perturbados o afectados por la disposición general impugnada.

Es cierto que en otras ocasiones esta misma Sala (por todas, Sentencia de 12 octubre 2008) ha limitado la audiencia en la elaboración de este tipo de disposiciones a las corporaciones de adscripción obligatoria, pero no lo es menos que en la gran mayoría de esos casos se otorgó audiencia a otras personas o entidades que en defensa de distintos intereses en juego mostraron su opinión en el proyecto de norma, de manera que mayor cautela ha de seguirse en casos como el que nos ocupa cuando ninguna corporación, entidad, asociación o individuo, interviene en el proceso de elaboración, sus trayéndose éste completamente de la participación pública, con el pretexto de que, desde el punto de vista formal, se trata de una norma interna y puramente autoorganizativa.

Por lo que respecta a la naturaleza no corporativa de la organización sindical recurrente, se ha de indicar que ya en la Sentencia de esta Sala, de fecha 27 de mayo de 2002, se apuntaba que, teniendo en cuenta que la finalidad del trámite de audiencia no es otra que hacer efectivo en el orden material o de la realidad de las cosas el principio de participación que en este aspecto recoge el artículo 105 de la Constitución, nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo, si este procedimiento aparece como adecuado en función de las circunstancias, recabando el informe de una entidad de afiliación voluntaria que agrupe los diversos derechos intereses afectados, aun cuando lo sean de manera indirecta o potencialmente futura.

Como hemos afirmado en reiteradas ocasiones, la función de los sindicatos, desde la perspectiva constitucional, no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado pues, cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores, sean de necesario ejercicio colectivo (Sentencia del Tribunal Constitucional 70/1982, fundamento jurídico tercero), en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación, que discurre en un plano diverso del de la acción propiamente colectiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 70/1982, 37/1983, 59/1983, 187/1987 o 217/1991 entre otras).

Queda así clara la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores» (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2001, de 15 de enero, fundamento jurídico quinto).

Estas mismas razones, por las que se reconoce legitimación causal al sindicato para accionar en vía jurisdiccional frente al Decreto impugnado por estar en entredicho “intereses colectivos de los trabajadores», son las que vienen a servir de fundamento a la necesidad del trámite de audiencia en su proceso de elaboración, pues, repetimos, la cuestión de la participación pública y el trámite de audiencia están íntimamente relacionados con la legitimación para recurrir.

Es necesario recordar la importancia del derecho constitucional a la participación individual y colectiva consagrado en el art. 105 CE, que no puede quedar sometido a la pura discrecionalidad de la Administración, por lo que en determinados casos excepcionales y cuando la trascendencia de la norma, cual este caso, pueda afectar los intereses, aún genéricos, del personal que sirve a la Administración, se hace preciso, al menos, la audiencia de entidades y asociaciones que, como el sindicato recurrente, puedan realizar alegaciones y presentar informes sobre aquello que pudiera afectar al ámbito de esos “intereses colectivos”, ahora concretamente los de los funcionarios cuya protección el sindicato tiene encomendados, y a las facultades que la Constitución y la Ley les atribuye.

En la elaboración del Decreto, objeto de impugnación, hubiera sido de todo punto útil que los distintos sindicatos, que representan los intereses de los funcionarios públicos y en general del personal al servicio de la Administración, y las Corporaciones profesionales, relacionadas con el objeto social de EGMASA, hubieran podido, al menos, emitir su parecer o juicio sobre la misma, formulando alegaciones, dado el conocimiento e interés que tienen en la actividad ambiental de la Administración Pública y en el posible desapoderamiento de atribuciones de ésta.

Efectivamente, la fuga del Derecho Administrativo, tan criticada doctrinalmente, se viene produciendo en las últimas décadas de manera silenciosa, y muchas veces oculta en normas auto-organizativas, que por los motivos ya indicados no se someten a los filtros previos a los que se sujetan otras normas ejecutivas de menor trascendencia para el desarrollo y funcionamiento de la vida administrativa.

La exigencia del trámite de audiencia en la elaboración de normas como la que nos ocupa, a la vista de la finalidad constitucional de la misma, permitiría, al menos, tener en consideración, antes de su aprobación, las alegaciones que formulen aquellos que representen intereses afectos por el futuro de la Administración de la que dependen, aun más si se tienen en cuenta las difi-

cultades posteriores de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa muchos de los actos aplicativos del Decreto, que son los que podrían consumir el riesgo temido por la parte que ahora impetra el auxilio judicial. La doctrina científica e instituciones, como el Defensor del Pueblo, insisten en que la mayor eficacia y agilidad en la gestión de los servicios públicos, a través de formas jurídico privadas, no puede suponer un quebranto en las garantías de los derechos de los ciudadanos. El riesgo de merma de esos derechos se plasma con la cada vez mayor asunción por parte de entes públicos instrumentales, bajo formas privadas, de actuaciones y servicios públicos sin el pleno control de las normas administrativas y de la jurisdicción contencioso-administrativa ya, que precisamente tiene por función esencial revisar la actuación de la Administración. No puede olvidarse que tales entes instrumentales siguen teniendo, con independencia de su forma jurídica, naturaleza de poderes públicos (Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1983, de 11 de mayo) y por ello están sometidos a los principios constitucionales a los que se debe escrupulosamente ajustar la Administración: artículos 9.3, 53.1, 103.1 o 105 c) de la Constitución, entre otros, Resulta significativo que el propio informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, obrante en el expediente administrativo, se atreva a poner de manifiesto la misma denuncia que realiza el sindicato recurrente.

Es por ello, y ante la trascendencia de la cuestión debatida, que remisiones al Derecho Privado en materias como la que nos ocupa, deben ser analizadas con rigor y cautela.

En el caso sometido a nuestro juicio, la modificación estatutaria y con ella la redefinición de las actividades que puede desarrollar EGMASA, antes contempladas genéricamente, aun siendo una previsión programática no atributiva directa o materialmente de competencias, no es indiferente para el ciudadano porque representa una forma de organización de la Administración para desarrollar actividades y servicios de interés general, y menos aún para el colectivo de funcionarios públicos, cuyos intereses defiende el Sindicato recurrente, de manera que, atendida la naturaleza del trámite de audiencia, su participación era necesaria en la elaboración de la disposición general cuestionada, que, al faltar, implica la nulidad radical del Decreto impugnado, conforme a lo establecido en el citado artículo 62.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y así lo debemos declarar, según lo dispuesto concordadamente en los artículos 68.1 b, 70.2, 71.1 al y 72.2 de la Ley de esta Jurisdicción”.

(STS de 24 de noviembre de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 9º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 1823).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER GENERAL

Se declara la responsabilidad de la persona jurídica encargada de la custodia de los expedientes médicos, sin que pueda imputarse a un tercero la responsabilidad, al ser un administrativo de la propia sociedad actora quien depositó los expedientes en el contenedor de la vía pública.

“Se interpone el presente recurso de casación contra sentencia de 18 de enero de 2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de la Audiencia Nacional que resuelve, desestimándolo, el recurso interpuesto por la representación de la entidad “Sociedad Ginecológica Dr. Chacón. SL” contra resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 4 de marzo de 2005 sobre sanción en materia de protección de datos.

En el párrafo segundo de su fundamento de derecho primero, el Tribunal de instancia recoge las circunstancias a tener en cuenta en el recurso jurisdiccional en los siguientes términos: «1.- En septiembre de 2003 se publicó en la prensa que expedientes médicos de pacientes en la Clínica del Sagrado Corazón fueron encontrados en un contenedor de Sevilla. 2.- En dicho lugar se encontraban 158 documentos que integran la “historia de urgencias”, en unas hojas de color rosa, que constituyen la copia de la historia clínica que queda en poder del facultativo y posteriormente bajo la custodia de la sociedad recurrente. Cada historia tiene otras dos copias, una de color blanco que se entrega al paciente y otra de color amarillo destinada al archivo de la Clínica del Sagrado Corazón. 3.- Todas las historias estaban fechadas del 22 de julio al 2 de septiembre de 2003 y las pacientes habían sido asistidas en consulta tocoginecológica, por lo que su contenido hacía referencia al motivo de la consulta, antecedentes, alergias, medicación, resultado e la exploración física, juicio clínico y tratamiento. 4.- El servicio de urgencias, en el área tocoginecológica de la Clínica Sagrado Corazón, se presta por la sociedad recurrente y los facultativos de este servicio lo realizan como profesionales autónomos percibiendo su retribución por acto médico. La relación contractual entre la Clínica citada y la sociedad recurrente y entre ésta y los facultativos es de carácter verbal, pues la única documentación existente son las liquidaciones mensuales emitidas por el valor de los servicios prestados».

...”

“En el motivo casacional tercero denuncia la recurrente la infracción del artículo 25 de la Constitución y 129 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y 4.2 del Código Civil relativos a los principios de tipicidad y legalidad, y a

la interdicción de la analogía en los procedimientos sancionadores, en relación con la incorrecta aplicación del artículo 44.3.h) de la Ley Orgánica de Protección de Datos, Motivo que, al igual que el anterior, ha de ser rechazado, pues como se deduce de la propia resolución administrativa impugnada y se razona en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, en el presente caso la Agencia de Protección de Datos ha aplicado una sanción, no por la comisión de la falta grave a que se refiere el motivo previsto en el artículo 44.3.h) de la Ley 15/99, sino por la falta muy grave que se regula en el artículo 44.4.g) de dicha Ley Orgánica.

En el motivo casacional cuarto se denuncia la vulneración del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que prevé que solamente puedan ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple observancia.

Según se deduce del contexto de la sentencia recurrida y de la propia resolución administrativa, la sanción impuesta a la recurrente fue por la negligencia apreciada en la misma que dio lugar a una clara infracción de la Ley Orgánica 15/1999, y que es, evidentemente, atribuible a la recurrente en su condición de persona jurídica, sin que por parte de ésta pueda eludirse su responsabilidad sobre la base de la afirmación de que los hechos de los que se deriva la responsabilidad resultan de que la documentación fue depositada en un contenedor de la vía pública por un tercero, al que, al final, en el motivo casacional se identifica con un administrativo de la propia recurrente, lo que excluye esa calificación de tercero y comporta la atribución de responsabilidad para la actora, sin que pueda, lógicamente y con seriedad, argumentar su falta de conocimiento de los hechos imputados con vulneración del principio de responsabilidad”.

(STS de 2 de junio de 2010, Sala 3ª, Secc. 6ª, F.D. 1º y 2º, Magistrado Ponente Sr. Puentes Prieto, Ar. 2516).

XII EXPROPIACIÓN FORZOSA

PLAN RECTOR DE USO Y GESTIÓN DE ESPACIO PROTEGIDO

El TS distingue entre limitaciones a los titulares de derechos sobre los predios incluidos en el espacio protegido y privación de derechos. Por ello los Planes reguladores de dichos espacios deben contener los instrumentos financieros y el régimen económico, para atender a las indemnizaciones que sean procedentes, siendo éste un motivo más de nulidad.

“Nos queda por examinar el tercer y último motivo de impugnación el Decreto autonómico 65/1998, de 17 de marzo, del Gobierno de Aragón, invocado por los demandantes en su escrito de demanda, consistente en el carácter expropiatorio de dicha norma con vulneración de lo establecido en los artículos 33.3 de la Constitución, 348.1 y 349.1 del Código Civil y 1 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Esta causa de impugnación, a diferencia de las anteriores, no puede ser estimada porque, aunque el Plan Rector de Uso y Gestión del Paisaje Protegido de los Pinares de Rodeno, aprobado por Decreto 65/1 998, de 17 de marzo, del Gobierno de Aragón contiene una zonificación, directrices de uso, régimen de usos y normativa de uso, que implican, ciertamente, limitaciones y condiciones para los titulares dominicales o de otros derechos legítimos sobre los predios incluidos en la zona afectada por la declaración de paisaje protegido, tales limitaciones no constituyen una ablación del dominio o de esos otros derechos, de manera que solo en la medida que éstos resulten afectados de hecho han de conllevar las correspondientes indemnizaciones, incluido el justiprecio expropiatorio cuando se produzca una total privación del derecho en cuestión, ya que, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.3 de la referida Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de Flora y Fauna Silvestre, la declaración de un espacio como protegido lleva aparejada la de utilidad pública a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados, así como la facultad de la Administración competente para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas intervivos de terrenos situados en el interior del mismo.

Las indicadas limitaciones, inherentes a la declaración de espacio protegido, no son determinantes de la ilicitud de la norma que las establece, sino que comportan el derecho a una cóngrua reparación, que los afectados están legitimados para pedir a la Administración, y es una de las razones por las que se hace necesario que las normas reguladoras de dichos espacios naturales protegidos deban contener, según establecen los artículos 11 y 18.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, los instrumentos financieros y el régimen económico para atender a las indicadas compensaciones, reparaciones o indemnizaciones, que, como ya hemos expresado anteriormente, el Plan Rector impugnado no contiene y es uno de los motivos por los que procede declarararlo nulo de pleno derecho”.

(STS de 10 de diciembre de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 2189).

XIII. FUENTES

CÓDIGO TÉCNICO DE LA EDIFICACIÓN

El TS declara la nulidad del artículo 2.7 al igual que las definiciones de “*uso administrativo*” y “*uso pública concurrencia*”, del Real Decreto 314/2006 por el que se aprobó el Código Técnico de la Edificación, porque la clasificación de los edificios y sus dependencias contenida en éste no respeta la establecida en el artículo 2.1 de la Ley 38/1999, de 5 de diciembre, de Ordenación de la Edificación.

“Una cuarta Corporación profesional demandada, cual es el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Técnicos Agrícolas, considera que el precepto y definiciones cuestionados contienen una redacción que plantea una duda razonable acerca de la posible apreciación de la vulneración legal alegada, pero su análisis en el conjunto normativo en que se insertan evidencia que es irrelevante, a efectos de la habilitación de titulaciones académicas y profesionales, la clasificación recogida en los Documentos Básicos, pues se distingue conceptual y funcionalmente de los usos principales contemplados en el artículo 2.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Los demás demandados, con el Abogado del Estado a la cabeza, afirman que la distinta clasificación respecto de la Ley de Ordenación de la Edificación está completamente justificada por la finalidad específica del Código Técnico de la Edificación, establecida en el artículo 3.2 de aquella y no afecta, nada más que en la imaginación y suspicacia de los profesionales agrupados en la corporación demandante, a la, atribuciones competenciales previstas en el artículo 10.2 de dicha Ley.

Es cierto que el Código Técnico de la Edificación no tiene el cometido de atribuir competencias sino de establecer las exigencias básicas que deben cumplir los edificios, incluidas las instalaciones, para satisfacer los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad (artículo 3.2 y disposición final segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999 y artículo 1 del propio Código Técnico de la Edificación, pero no es menos cierto que el Código Técnico de la Edificación viene a desarrollar la Ley de Ordenación de la Edificación y, como tal disposición administrativa de carácter general, no puede contradecir lo puesto en aquella, por lo que resulta, cuando menos, confuso y perturbador que, al clasificar los edificios en sus Documentos Básicos, pueda apartarse de aquella clasificación, a la que en principio reconoce que debe atenerse, que trata de justificar con el fin de adecuar las exigencias básicas a los posibles riesgos asociados a las actividades que dichos edificios vayan a dedicarse.

Entre las reglas interpretativas de las normas del ordenamiento jurídico, nuestro Código Civil confiere singular importancia al espíritu y finalidad de aquéllas (artículo 3), razón por la que el reglamento de desarrollo de una Ley, cual el Código Técnico de Edificación, debe respetar rigurosamente tanto el objeto como el ámbito de aplicación de la Ley, para lo que ésta ha agrupado los edificios en tres categorías, que, lógicamente deben ser respetadas por cualquier reglamento que la desarrolle y, por consiguiente, también por el Código Técnico de la Edificación, de modo que resulta difícilmente conciliable con el significado de un reglamento ejecutivo, que después de declarar abiertamente que la clasificación los edificios y sus zonas se atenderá a lo dispuesto en artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, excepcione de esta regla los Documentos Básicos que fijan las exigencias a que aquéllos se deben ajustar, de acuerdo con las características específicas de su actividad, con el fin de prevenir posibles riesgos asociados a dichas actividades.

Ese modo de proceder hemos de convenir que no solo infringe la regla de interpretación literal, también recogida en el artículo 3 del citado Código Civil, sino que crea una confusión terminológica propiciadora, cuando menos, de conflictos al momento de aplicar la norma.

Es indudable que una aplicación del Código Técnico de la Edificación que, con base en la diferente clasificación de los edificios que en el mismo se contiene, denegase cualquiera de los profesionales habilitados por el artículo 10.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación la realización de un proyecto, sería un acto contrario a lo establecido en ese mismo precepto legal, que conculcaría además lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución, y, por tanto sería revisable y anulable en vía administrativa o en sede jurisdiccional, pero no es menos cierto que una adecuada técnica en la redacción de las normas debe prevenir tal eventualidad en evitación de una litigiosidad dimanante la multiplicidad de fuentes de creación normativa.

No se trata de atajar ocultas intenciones de los redactores del Código Técnico de la Edificación tendentes a favorecer a una profesión en detrimento de otras, sino del empleo de una correcta técnica normativa que evite confusión y con ello una conflictividad desbordante.

Por supuesto que la finalidad de las normas es la guía esencial para su interpretación, pero, para conocer con certidumbre cuál es aquélla, los preceptos deben ser claros y cuando se trata del reglamento ejecutivo de una ley, han de ajustarse a las expresiones y palabras de ésta con respeto por las clasificaciones que contenga, de las que no puede apartarse sin expresa delegación de la propia ley.

Como la Ley de Ordenación de la Edificación no contiene esa delegación, se ha extralimitado el Código Técnico de la Edificación al apartarse osten-

siblemente aquellas categorías, por más que inicialmente disponga que se atiene a la clasificación legal cuando lo cierto es que altera abiertamente, aunque trate de explicar la razón pues lo mismo que se hace en relación con los Documentos Básicos para adecuar las exigencias básicas de los riesgos asociados a cada una de las actividades, cabría hacerlo para otros fines distintos, de manera que la clasificación legal los grupos de edificios resultaría innecesaria por intrascendente.

No cabe duda que nuestro cometido jurisdiccional en el control de las disposiciones administrativas de carácter general debe tener en cuenta la presunción de legalidad de aquéllas, derivada del principio recogido en artículos 103.1 de la Constitución y 3.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero también es cierto el principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución), incorporado al artículo 51 de esta Ley, impide que un reglamento ejecutivo, como es el Código Técnico de la Edificación, contenga una clasificación de los edificios y sus zonas diferente a la establecida en la Ley desarrolla, en este caso la de Ordenación de la Edificación, sin que en ésta se contenga remisión al reglamento para llevar a cabo tal diferente clasificación y sin que ésta Ley prevea excepciones al disponer, en su artículo 2.1, que es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los grupos que señala, a pesar de lo cual el Código Técnico de la Edificación (artículo 2.7) que, en principio afirma que se atiene para la clasificación de edificios y sus zonas a lo dispuesto en el artículo 2 la Ley de Ordenación de la Edificación, clasifica, para concretos supuestos, los edificios y sus dependencias de otro modo.

Esas excepciones previstas en el artículo 2.7 del Código Técnico de la Edificación; cualquiera que haya sido la motivación al redactarlas, lo cierto es que no respetan la clasificación por grupos contenida en la Ley de Ordenación de Edificación, por lo que dicho precepto reglamentario, conforme a lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con los artículos 68.1 b), 70.2, 71.1 a) y 2 de la Ley la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debe ser declarado nulo de pleno derecho, al igual que las definiciones de *uso administrativo* y *uso pública concurrencia* contenidas en el documento SI del mismo Código con la consiguiente estimación íntegra de la demanda”.

(STS de 4 de mayo de 2010. Sala 3ª, Secc. 5ª. FD. 4º y 5º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 3580).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LA SENTENCIA

El mecanismo procesal de la extensión de efectos de la sentencia, regulado en el artículo 110 LJ, trata de evitar la repetición de un proceso declarativo para el enjuiciamiento de cuestiones ya decididas en sentencia firme, extendiendo la situación jurídica individualizada por ella reconocida, a las personas que acrediten encontrarse en idéntica situación. Dicho mecanismo está sujeto, sin embargo, a los obstáculos de inadmisibilidad que rigen en el proceso principal (cosa juzgada y vencimiento de los plazos para la impugnación jurisdiccional - apartados a y c del artículo 110.5 LJ).

“El actual recurso de casación ha sido interpuesto por doña Crescencia contra el inicial Auto que rechazó la petición de extensión de efectos y contra el posterior desestimatorio del recurso de súplica que antes han sido mencionados, invocando en su apoyo dos motivos, amparados uno y otro en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional.

El primer motivo denuncia la infracción del artículo 110 de la LJCA, por entender que la Sala de instancia no ha aplicado correctamente este precepto en los autos aquí combatidos.

Se viene a argumentar principalmente para ello que el obstáculo de la extensión de efectos que aquí ha sido aplicado [el del acto consentido previsto en el punto 5.c) del artículo 110 LJCA] solo debe operar tratándose de actos individuales cuyo único destinatario los haya consentido en su día por no haberlos impugnado, pero no cuando se está ante actos con una pluralidad de destinatarios que posteriormente hayan quedado sin efecto por haberlos recurrido cualquiera de ellos.

Se dice que este último caso es el de la resolución de 4 de noviembre de 1998, y esto por haber puesto fin a un proceso selectivo que afectaba a un número importante de personas y haber sido anulada dicha resolución por la sentencia cuya extensión se reclama.

Se aduce también que el criterio preconizado en el actual recurso es el que debe ser observado para que no pierda su utilidad el mecanismo procesal de la extensión de efectos de sentencia regulado en ese repetido artículo 110 de la LJCA, y se invoca a este fin la exposición de motivos de ese mismo texto legal cuando declara que, mediante dicho mecanismo, se puede ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados actos en masa.

Y se afirma asimismo, por último, que de no corregirse el criterio de la Sala de instancia se obligaría a la recurrente a tener que acudir a la vía de revisión de los actos nulos de pleno derecho.

El segundo motivo de casación reprocha a los autos referidos haber infringido el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución y lo establecido en el artículo 458 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Lo que en este segundo reproche se viene a aducir es que, una vez que la sentencia de 29 de junio de 2005 de este Tribunal Supremo (dictada en el recurso de casación núm. 6843/2001) anuló el criterio de corrección seguido en el proceso selectivo que finalizó en relación de aspirantes seleccionados aprobada por la resolución administrativa de 4 de noviembre de 1998, por considerarla contraria al principio de igualdad, de no aplicarse, a la ahora recurrente en esta casación la misma solución se produciría para ella la vulneración del derecho acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad que, con carácter general, reconoce el artículo 14 CE y, en lo que hace al personal al servicio de la Administración de Justicia, el artículo 458 LOPJ

Para decidir lo que suscitan esos motivos de casación debe comenzar afirmándose que la sentencia 29 de junio de 2005, dictada por esta Sala en la casación núm. 6843/2001, no tuvo el alcance general que pretende atribuirle la ahora recurrente, pues la anulación que decidió a la resolución administrativa de 4 de noviembre de 1998, como claramente expresa su fallo, se circunscribió sólo a la exclusión en la lista de aspirantes aprobados e individualmente afectaba a esos únicos tres litigantes le habían promovido el recurso contencioso-administrativo, y solo a ellos les reconoció el derecho a figurar en esa lista y a ser nombrados funcionarios de la Administración de Justicia.

Así es porque, de haber tenido ese otro alcance que pretende sostenerse en esta casación, el incidente de extensión de efectos sería innecesario y bastaría con pedir la directa ejecución de la sentencia.

Hay una explicación para lo que acaba de afirmarse consistente en lo que sigue.

En el proceso Jurisdiccional que finalmente resolvió la sentencia de esa casación núm. 6843/2001, la pretensión ejercitada por las únicas personas que lo promovieron exigía decidir dos cuestiones: una era la validez del criterio corrector que fue aplicado en las pruebas selectivas litigiosas, que efectivamente fue considerado incompatible con el artículo 14 CE; y la segunda era determinar cuáles fueron los resultados obtenidos por esos concretos litigante en los ejercicios de dichas pruebas, y si los resultados así acreditados, de aplicarse el único criterio corrector considerado válido, les hacía acreedores a figurar en la lista de aspirantes aprobados y a ser nombrado funcionarios. Pero en dicho proceso, por lo que hace a la segunda de esas dos anteriores cuestiones, el debate procesal no se extendió a los resultados obtenidos en

esas mismas pruebas la recurrente en esta casación, que no fueron enjuiciados: y esto es lo que hace que tanto la anulación decidida en dicho proceso jurisdiccional, como el reconocimiento de derecho que la sentencia finalmente hizo, no afectara a aquélla y tuviera únicamente el limitado alcance que al comienzo se ha señalado.

Por todo lo cual, el único camino que la recurrente tenía para obtener también ella un pronunciamiento como el que habían logrado esos otros recurrentes era bien promover un recurso contencioso independiente, si estaba en tiempo de hacerlo; o bien utilizar el mecanismo de la extensión de efectos, pero con la carga en este caso de no estar incurso en esas circunstancias obstaculizadoras que regula el artículo 110.5 de la UCA.

Además de lo que se ha señalado son convenientes estas otras consideraciones que continúan.

La primera es que el proceso contencioso-administrativo tiene unos plazos procesales para su iniciación que, cuando no son debidamente observados, conducen a su inadmisibilidad e impiden el examen de fondo de las pretensiones anulatorias y de reconocimiento de derecho que mediante él hayan sido ejercitadas.

Y esos plazos y la consecuencia que acaba de apuntarse no son una gratuita exigencia sino, como ha venido a subrayar en su oposición el Abogado del Estado, un necesario tributo al principio de seguridad jurídica que también la Constitución garantiza en su artículo 9.3.

La segunda es que el mecanismo de extensión de efectos, regulado en el artículo 110 LJCA, es ciertamente, como señala la exposición de motivos de dicha ley, una solución para evitar procesos innecesarios; esto es, un camino para evitar la repetición del enjuiciamiento de aquellas cuestiones que hayan sido decididas en una sentencia firme y para extender la situación jurídica individualizada por ella reconocida a las, personas que acrediten encontrarse en idéntica situación.

Se trata, pues, de un incidente procesal que, quien lo utiliza, por lo que se refiere a la obtención a su favor del reconocimiento de esa misma situación jurídica individualizada, tan sólo tiene que justificar esa identidad y no tiene que reiterar el proceso declarativo sobre la principal controversia de fondo (en esto último consiste su utilidad); pero que está sometido a los obstáculos de inadmisibilidad que regirían en el proceso principal [la cosa juzgada y el vencimiento de los plazos para la impugnación jurisdiccional que aparecen en las letras. a) y c) del artículo 110.5 UC A vienen a coincidir con las causas de inadmisibilidad d) y e) del artículo 69 LJCA]. Y esto último guarda relación con la finalidad y significación del mecanismo procesal de que se viene hablando: está dirigido a otorgar la ventaja que supone evitar reiterar el proceso declarativo cuando éste resulta innecesario por haber si-

do ya decidida por sentencia firme la cuestión principal de fondo, mas no puede significar para quien lo utiliza imposibilidades de impugnación jurisdiccional que no tendría la persona que promovió el proceso principal donde se dictó la sentencia firme cuya extensión se solicita.

Y la tercera consideración es que la revisión de oficio, regulada en el Capítulo Primero del Título VII de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no es incondicionada, pues está sometida a los límites del artículo 106, entre los que figura el tiempo transcurrido y los derechos de otros particulares que puedan resultar afectados, lo cual significa, en el caso enjuiciado, que la pasividad y el aquietamiento de la recurrente durante el período que medió entre 1998 y 2006 (fecha de su inicial solicitud de extensión de efectos) sería una circunstancia que habría de ser ponderada en el procedimiento de revisión de oficio, a los efectos de esos límites del artículo 106. y no puede serlo en el incidente procesal de extensión de efectos del artículo 110 de la LJCA”.

(STS de 15 de marzo de 2010. Sala 3ª, Secc. 8ª. FD. 2º, 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Díaz Delgado. Ar. 2568).

XVI. MEDIO AMBIENTE

SUSPENSIÓN DE PLAN DE URBANISMO

En la confrontación de intereses públicos -planificación urbanística y protección del medio ambiente, resulta de mayor intensidad la preservación del medio ambiente.

“Acorde con las elementales consideraciones expuestas en el fundamento anterior. debemos añadir que el interés público que protege la Administración autonómica recurrente es la defensa del medio ambiente que precisa de una evaluación ambiental previa a la aprobación de los planes impugnados en el recurso contencioso administrativo: mientras que el interés público que ampara el Ayuntamiento recurrido en la ejecutividad de los planes de ordenación aprobados en los que está latente el interés general de la no suspensión de las disposiciones de carácter general. y concretamente en el ámbito urbanístico a ejecutar lo proyectado.

La confrontación de los intereses públicos enfrentados nos lleva a estimar el presente recurso de casación porque el interés medioambiental resulta prevalente. en un caso como el examinado en el que no tienen una presencia potente los intereses públicos de índole local alegados.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo, por todas Sentencia de 17 de octubre de 2001 (recurso de casación núm. 5813/1999 que los instrumentos de planeamiento no eran de objeto normalmente de suspensión porque «Lo que aquí se impugna son unas Normas (...) es decir, una disposición de carácter general. Y es constante la jurisprudencia de este Tribunal Supremo según la cual no debe suspenderse como regla general la ejecución de los Planes de Urbanismo, porque en su ejecución está implícito un evidente interés público. (STS 31 de Mayo de 1995. 4 de Septiembre de 1992 13 de julio de 1993 y 10 de octubre de 1995 entre otros)».

Esta doctrina, no obstante, ha sido matizada en los casos como el ahora examinado en que los intereses enfrentados eran todos de carácter público por representar intereses generales diferentes. es el caso de la Sentencia de 21 de enero de 2009 recurso de casación núm. 5152/2007 que desestima el recurso de casación interpuesto contra la suspensión cautelar acordada por la Sala de instancia de un instrumento de planeamiento, Téngase en cuenta, además, la incidencia de lo proyectado –la construcción de viviendas adosadas– y el probable destino de las mismas –su uso en temporada estival– que invoca la recurrente, teniendo en cuenta el anuncio publicado en el Boletín Oficial de Pontevedra de 29 de junio de 2007 .

En contraposición al interés público antes aludido, y alegado por la Entidad local recurrida, el que esgrime la Administración recurrente resulta prevalente. pues se concreta en la protección del medio ambiente. cuya componente ha de integrarse en la planificación urbanística. Se trata, en definitiva, de garantizar que se han valorado las repercusiones que sobre el medio ambiente tienen los diferentes proyectos de cambio que actúan sobre el territorio, La toma de decisiones de orden urbanístico se verá, sin duda, complementada y enriquecida mediante la introducción de esta información ambiental que permita alcanzar conclusiones más racionales. eficaces y sostenibles.

En este sentido. los intereses públicos relativos al desarrollo urbanístico, en los términos que ahora se plantean, resultan de intensidad inferior a los relacionados con el medio ambiente y su preservación, que impulsan el desarrollo por la senda de lo razonable y sostenible.

Teniendo en cuenta. además y sin prejuzgar el resultado del proceso por la naturaleza provisional del juicio que ahora nos corresponde, que la evaluación ambiental que impone el artículo 7 de la Ley 9/2006. de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. que traspone la Directiva 2001/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y la aplicación al caso ex disposición transitoria primera, apartado 1. de la misma, que impone tal obligación del artículo 7 a los planes cuyo primer acto

preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004. De modo que dicha ley, que entró en vigor al día siguiente al de su publicación ex disposición final sexta, no estaba vigente cuando se dicta la Decisión de la Junta de 28 de marzo de 2006, concretamente de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental.

Se aprecia, en consecuencia, en la resolución recurrida, infracción del artículo 130 de la LJCA. en relación con la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, por lo que procede la estimación del motivo invocado y haber lugar al recurso de casación. Además, al situarnos en la posición que demanda el citado 95.2.d) LJCA. procede igualmente revocar la denegación de la suspensión cautelar acordada por la Sala de instancia, acordando la medida cautelar de suspensión del Acuerdo del Pleno impugnado”.

(STS de 29 de enero de 2010. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 4º y 5º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella. Ar. 1317).

XVIII. PERSONAL

LEGITIMACIÓN DE LOS SINDICATOS

Los sindicatos que tienen atribuida una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores en general, están legitimados para impugnar la modificación de los estatutos de una sociedad mercantil de capital público, cuya ampliación de su objeto social a actividades desempeñadas directamente por la Administración Pública de la que depende, podría significar una merma de la cantidad y calidad del empleo público en esa Administración.

“Se aduce por la representación procesal del sindicato recurrente. como primer motivo de casación, al amparo de lo establecido en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción, que la Sala sentenciadora ha infringido lo dispuesto en los artículos 24 de la Constitución, 28.1 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, y 19.1.b de la Ley 29/1998, de 13 de julio, porque, en contra de lo resuelto por el Tribunal *a quo*, aquél ostenta interés directo en la impugnación del Decreto en cuestión porque con él se privatizan varios ámbitos de actuación de la Administración autonómica andaluza con el consiguiente menoscabo competencial y detrimento del empleo público, de manera que dicho Decreto afecta directamente a los objetivos del sindicato en su doble papel asociativo e institucional que le reconoce el artículo 7 de la Constitución.

Para decidir acerca del indicado motivo de casación, debemos recordar previamente la jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la legitimación de los sindicatos para accionar en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, recogida la primera en las Sentencias de esta Sala de fechas 21 de septiembre de 2004 (recurso de casación 6147/2001) y 14 de abril de 2008 (recurso contencioso-administrativo 44/2006), y la segunda en las Sentencias del Tribunal Constitucional 153/2007, de 18 de junio y 203/2002, de 28 de octubre. Según tal jurisprudencia y doctrina constitucional, hay que reconocer, con carácter abstracto o general, la legitimación de los sindicatos para impugnar en sede jurisdiccional decisiones que afecten a los trabajadores funcionarios públicos y personal estatutario, de manera que los sindicatos tienen atribuida una función genérica de representación y defensa, no sólo de los intereses de sus afiliados, sino también de los intereses colectivos de los trabajadores en general (Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2001, de 26 de marzo fundamento jurídico tercero).

Ese reconocimiento abstracto tiene su raíz en la función de los sindicatos que, desde la perspectiva constitucional, consiste en defender los intereses de los trabajadores, en este caso, al servicio de la Administración, y, por consiguiente, hay que reconocer en principio legitimado al sindicato, en cualquier proceso en que se diriman intereses colectivos de los trabajadores (Sentencias del Tribunal Constitucional 210/1994, de 11 de julio, fundamento jurídico tercero, 28/2005, de 14 de febrero fundamento jurídico tercero, y 358/2006, de 18 de diciembre, fundamento jurídico cuarto).

No obstante, esa genérica legitimación abstracta debe proyectarse de un modo particular sobre el objeto de las acciones que esgriman ante los jueces y tribunales mediante un vínculo o conexión entre el sindicato y la pretensión ejercitada, porque esa función atribuida constitucionalmente a los sindicatos no los transforma en guardianes abstractos de la legalidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 210/1994, de 11 de julio, fundamento jurídico cuarto, 28/2005, de 14 de febrero, fundamento jurídico tercero, y 358/2006, de 18 de diciembre, fundamento jurídico cuarto).

El vínculo exigible entre la actividad o fines del sindicato y el objeto del pleito ha de ser ponderado en cada caso, lo que en el proceso contencioso-administrativo implica la necesidad de acudir a las nociones de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado del eventual éxito de la acción entablada (Sentencias del Tribunal Constitucional 24/2001 de 29 de enero, fundamento jurídico quinto, 84/2001, de 26 de marzo, fundamento jurídico tercero, 28/2005, de 14 de febrero, fundamento jurídico tercero, y 358/2006, de 18 de diciembre, fundamento jurídico cuarto).

A los argumentos expresados hay que sumar la jurisprudencia que exige realizar una interpretación de las normas procesales razonable y razonada sin sombra de arbitrariedad, amplia y no restrictiva, es decir favorable al principio *pro actione* con interdicción de decisiones de inadmisión que por su rigorismo, su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, resulten desproporcionadas entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008 -recurso de casación 2417/2006-).

En el caso sometido a nuestro enjuiciamiento en casación, el objeto del recurso lo constituye la modificación de los estatutos de una entidad mercantil de capital mayoritario público, destinada, con carácter principal, a la prestación de un servicio también público relacionado con la protección y mejora del ambiente, como se reconoce en el preámbulo del Decreto del Consejo de Gobierno de Andalucía, objeto de este pleito, al expresar que «La Empresa de Gestión Medioambiental SA ... cumple servicios esenciales en materia de desarrollo y conservación del medio ambiente», y en su artículo 2.1 dispone que dicha Sociedad «tendría por objeto social ... la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente».

El Decreto impugnado amplía el objeto social de la empresa con una serie de actividades enumeradas y descritas de la A a la V, que podrían ser desempeñadas directamente por la Administración Pública de la que depende, cual son, entre otras, las de fomento, protección, conservación y explotación de los recursos naturales, clasificación y deslinde de vías pecuarias, desarrollo socio económico integrado de los espacios naturales, realización de planes, programas y proyectos de cooperación al desarrollo, razón por, la que en el propio preámbulo se añade que con la modificación introducida se «refuerza, aún más si cabe, el carácter de la empresa de ser medio propio instrumental de la Administración».

La representación procesal del recurrente justifica su interés en el litigio en que con el Decreto en cuestión se privatizan servicios públicos desempeñados directamente por órganos administrativos, con lo que se *desfuncionalizan* tales actividades con «merma de la cantidad y calidad del empleo público en esa Administración pública», y, además, porque, al afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios integrados en esa sociedad de capital público, el sindicato recurrente debió haber sido convocado al procedimiento para su elaboración, con mayor razón por tratarse del sindicato más representativo en la Administración autonómica andaluza, hecho no discutido por ésta.

De lo expuesto, llegamos a la conclusión, contraria a la sostenida por la Sala de instancia, de que la pretensión, esgrimida en este litigio por el sindica-

to recurrente, guarda relación con su círculo de intereses, cual es la defensa del empleo público y, por consiguiente, ostenta legitimación activa para promoverlo sin necesidad de prejuzgar los concretos motivos de impugnación utilizados en la demanda, solución esta equivalente a la que adoptamos en nuestra Sentencia de fecha 6 de marzo de 2007 (recurso de casación 7411/2001), sin que el carácter organizativo de la disposición impugnada tenga relevancia para apreciar la legitimación procesal atendidos los legítimos intereses del sindicato recurrente (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2001, de 15 de enero, fundamento jurídico sexto).

(STS de 24 de noviembre de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 1º, 2º, 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 1823).

XX. RESPONSABILIDAD

MEDIDA DE ALERTA ALIMENTARIA

Con independencia de que el artículo 26 de la Ley General de Sanidad habilita a las autoridades sanitarias a adoptar medidas preventivas, sin la tramitación de procedimiento contradictorio previo, se ha de tener en cuenta la obligación legal de productores y distribuidores de comercializar únicamente productos seguros. Por consiguiente no procede exigir responsabilidad patrimonial a la Administración, al no concurrir la antijuridicidad del daño.

“La sentencia impugnada estimó el recurso contencioso-administrativo formulado a instancia de “AGRIBÉTICA, SA” y de “SOVENA IBÉRICA, SA”. contra la desestimación primero presunta y después expresa mediante Resolución de 5 de abril de 2004, de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por aquéllas en orden a la reparación de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la Orden autonómica de inmovilización de los productos por aquellas comercializados consistentes en aceite de orujo de oliva, El recurso de casación formulado por la Junta de Andalucía se sustenta en cuatro motivos, todos ellos formulados con base en el art. 88.1.d) de la Ley de Jurisdicción.

El primero de ellos denuncia la infracción de los artículos 26 de la Ley General de Sanidad, 9 del Real Decreto 44/1996 y 72.1 de la LRJAP y de la sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 2007. En esencia, considera que la sentencia de instancia ha malinterpretado la previsión del art, 26 de la Ley General de Sanidad que permite a las autoridades sanitarias adop-

tar las medidas preventivas que estimen pertinentes, entre ellas la inmovilización de productos, cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de riesgo inminente y extraordinario para la salud, al considerar que tales medidas no pueden ser adoptadas sin la previa tramitación de un procedimiento administrativo contradictorio.

El segundo, se basa en la infracción de los arts. 30 y 152 del Tratado de la Unión Europea (RCL 1999, 1205 ter); del Reglamento comunitario 315/93 del Consejo, que regula la presencia de contaminantes en los productos alimenticios; de la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de Seguridad General de los Productos; del art. 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio y de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de precaución. En su desarrollo, la parte insiste en la importancia del principio de protección de la salud en el Derecho comunitario y en las distintas normas y pronunciamientos de los que se deduce que una situación de sospecha de una situación de riesgo para la salud es suficientemente para justificar la adopción de medidas para su protección, en virtud del principio de cautela.

El tercero apunta la infracción por la sentencia de instancia de los arts. 139, 140 y 141 de la LRJAP, en cuanto no podía estimarse concurrente en el caso el presupuesto de la responsabilidad patrimonial administrativa consistente en la antijuridicidad del daño al haber actuado las autoridades competentes conforme al principio de garantía de un nivel adecuado de protección de la salud de las personas, en relación con la jurisprudencia que, en ciertos casos, ha declinado la existencia de responsabilidad patrimonial en relación con medidas cautelares adoptadas causa de peligros que posteriormente se revelaron como aparentes o inciertos.

La cuestión planteada en el primer motivo por la Junta de Andalucía ha sido objeto de pronunciamiento a su misma instancia por parte de esta Sala en la Sentencia de 14 de noviembre de 2007 recaída en el recurso de casación 77/2004, interpuesto en interés de ley.

En aquel recurso, formulado también contra una sentencia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de contenido similar que ahora se impugna, declaramos a iniciativa de la administración autonómica la siguiente doctrina legal: “El 26 de la Ley General de Sanidad habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar las medidas en él contempladas sin necesidad de instrucción previa de un procedimiento administrativo cuando resulten necesarias para garantizar la protección de la salud de los consumidores”.

Del mismo modo, se ha manifestado esta Sala con reiteración con respecto a la cuestión de fondo planteada, esto, posible existencia de responsabilidad patrimonial administrativa a raíz de las medidas cautelares adoptadas en el

2001 en relación con la comercialización de ciertos productos. Así, enjuiciando supuestos similares al que ahora nos ocupa, las sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 4 de marzo (dos), 13 de mayo 1, 9 y 12 de junio, 1 de julio y 20 de octubre de 2009, dictadas respectivamente en los recursos de casación números 9520/2004, 9528/2004, 11473/2004, 11161/2004, 11459/2004, 11451/2004, 1515/2005 y 55712008, alcanzaron la conclusión de que los perjuicios derivados de la alerta alimentaria acordada el 3 de julio de 2001 respecto de los productos comercializados bajo las denominaciones de “aceite de orujo refinado y de oliva” y “aceite de orujo de oliva”, y de su inmovilización cautelar y transitoria decidida a raíz de ella, no debían ser considerados como antijurídicos, sino como unos que las empresas productoras de tales aceites tenían el deber jurídico de soportar con la consecuente inexistencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones PÙblicas que obligara a éstas a su indemnización, Conclusión que se alcanzó sin olvidar o sin dejar de tener en cuenta que la sentencia de mismo Tribunal de fecha 27 de junio de 2007 dictada en el recurso de casación número 20/2004, había confirmado una anterior del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que anuló, por no ser conforme a Derecho, aquella decisión de 3 de julio de 2001.

[...] El Real Decreto 44/1996 de 19 de enero, regula en su art. 3º las obligaciones de productores y distribuidores, imponiéndoles el cumplimiento de la obligación de comercializar únicamente productos seguros, y obligando a los productores a tomar medidas apropiadas para mantener informados a los consumidores de los riesgos que los productos que comercialicen podrán presentar, estando obligados los mismos, en función de lo dispuesto en el art. 4º. en ausencia de disposiciones comunitarias o españolas, a tomar en consideración los códigos de buena conducta en materia de sanidad y seguridad vigentes en ese sector o bien la situación de la práctica y de la técnica, así como de la seguridad que ahora razonablemente los consumidores puedan esperar.

y es que, en definitiva, y, al margen de las facultades de las autoridades sanitarias españolas, tanto nacionales como autonómicas, no pueden los productores prescindir de la adopción de las medidas correspondientes en relación con la comercialización para el consumo humano de un producto susceptible de entrañar riesgos y que se estaba comercializando con un nivel superior a los 70 microgramos por Kilo, como resulta de las pruebas analíticas realizadas sobre muestras antes de la adopción de la alerta, y ello con mayor motivo cuando en su fundamento de derecho octavo, la sentencia recurrida pone de manifiesto que la contaminación del aceite de orujo de oliva por benzopireno se produce en el proceso industrial de obtención del producto, y no porque previamente existan niveles de HAPs en la materia

prima, sino porque los mismos, al parecer, son resultado de un proceso de combustión tendente a evitar la humedad del producto, y sobre todo porque existía, y existe, la posibilidad de reducir los niveles de contaminación mediante la aplicación de técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbono activo, combinando tiempos, temperatura y presiones, como igualmente pone de manifiesto el Tribunal de instancia, afirmando que las técnicas de filtrado de los aceites refinados con carbono activo posibilita reducir los niveles de contaminación, llegándose a la práctica eliminación de estos compuestos, especialmente del benzopireno o, al menos, su reducción a menos de 1 microgramo conociendo las industrias elaboradoras de este producto industrial, por tradicional, esta técnica, y estando las mismas en condiciones de incorporarlas rápidamente al proceso industrial tecnológico, según rotundamente afirma la sentencia recurrida.

En definitiva, constituía obligación de las propias empresas la aplicación de los medios tecnológicos que la situación de la técnica permitía, de conformidad con lo dispuesto en el artº 4º del Real Decreto 44/1996 de 19 de enero, al objeto de reducir, y prácticamente eliminar, el benzopireno existente en el producto, sin que por las mismas se haya puesto en práctica medida alguna tendente a la reducción, al menos, del benzopireno que, por otro lado, resultaba obligado a partir de lo dispuesto en la Orden de 25 de julio de 2001 por la que se redujo el nivel de benzopireno y se determinó la fórmula analítica para su determinación”.

(STS de 6 de abril de 2010, Sala 3ª, Secc. 4ª. FD. 1º, 2º y 3º, Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 2650).

XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

DECRETO AUTONÓMICO

Se declara la nulidad del Decreto 28/2006 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, regulador de depósitos de sangre procedentes del cordón umbilical, sin que la discrecionalidad de recabar en el procedimiento de elaboración del mismo, de cuantos estudios y consultas se estimen convenientes, pueda justificar una decisión basada en la sola voluntad del que decide.

“Así las cosas, aunque es cierto que no concurren en el supuesto que enjuicamos los presupuestos requeridos para que fuera preceptivo el trámite de audiencia en sí mismo o en sentido propio que regula el inciso primero del art. 24.I.c) de la Ley 50/1997, no por ello procede estimar aquellos recur-

sos de casación ni casar la sentencia de instancia, pues ésta, bien que bajo esa denominación común y en aquel tratamiento conjunto e indiferenciado del que dimos cuenta al extractarla, aprecia con acierto otro vicio en el procedimiento de elaboración del Decreto 28/2006, de 23 de marzo, de no menor gravedad en este caso e igualmente determinante de su nulidad.

El inciso final del párrafo primero de la letra b) de dicho art. 24.1 impone a la Administración el deber de recabar en el proceso de elaboración del reglamento “*cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto*”. Ahí, pese a la expresión “se estimen convenientes”, no se le concede una potestad enteramente libre, sólo regida por su criterio, sino una que, como todas, queda sujeta ante todo a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza el art. 9.3 de la Constitución y al designio de servir con objetividad los intereses generales que como principio rector de su actuación proclama e impone el art. 103.1 del mismo Texto.

En el caso de autos, las dudas, incertidumbres y preocupaciones existentes en la materia que pretendía ser regulada, según hemos constatado; la posibilidad de opciones diversas en aspectos esenciales de su regulación, cuyo fundamento o razón de ser es además, en grado o entidad no menor que otros lícitos criterios de elección, el estado de la ciencia médica; la percepción de que una de esas opciones pudiera tal vez incidir negativamente en la futura eficacia del sistema de trasplantes; la exigencia de tomar en consideración y de prever todo lo necesario para garantizar un elevado nivel de protección de la salud, así como el derecho de la madre o de la pareja a recibir una información cierta y suficiente; la derivada de ésta de prever también lo necesario para impedir toda publicidad engañosa, falsa o tendenciosa; el estudio ya iniciado para la elaboración de un Plan Nacional de Sangre de Cerdón Umbilical, etc., etc., son algunas de las circunstancias que sólo permiten como conclusión la siguiente: no había ni hay razón alguna que justifique que en el procedimiento de elaboración de aquel Decreto 28/2006 no se estimara conveniente recabar estudios y consultas con objeto de arrojar luz sobre esas múltiples cuestiones y sobre las importantes decisiones normativas a tomar, hasta el punto de que sin recabarlos no cabe. en este caso, ver, reconocer, que el designio, el propósito, el fin perseguido fuera, como manda aquel precepto. garantizar el acierto y la legalidad del texto.

A modo de ejemplo y por citar sólo algunos, nada justifica a la vista de lo que llevamos razonado que dejara de recabarse el parecer de la Comisión Permanente de Trasplantes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de la que depende la Subcomisión de Trasplante Hematopoyético, órgano asesor para todos los aspectos técnicos relacionados con la

donación y el trasplante de progenitores hematopoyéticos, en el que están representadas las principales Sociedades Científicas relacionadas con los TPH, como Hematología, Pediatría, Transfusión Sanguínea, Oncología Médica e Inmunología. O el del Registro Español de Donantes de Médula Ósea (REDMO), que en nuestro país realiza las búsquedas tanto de donantes de médula ósea como de unidades de sangre de cordón, coordinando la Organización Nacional de Trasplantes en colaboración con él y con los bancos de SCU la obtención y distribución de la sangre de médula ósea de los donantes y de las unidades de SCU de los bancos.

Digamos por fin que la conclusión alcanzada no contradice las razones de decidir de las sentencias que traen a colación las partes recurrentes. De un lado, porque el reconocimiento de una cierta discrecionalidad a la Administración al decidir si han de recabarse o no aquellos estudios y consultas, lo es dentro de los límites de ejercicio de toda potestad discrecional, que admiten el arbitrio legítimo, pero no una decisión basada en la sola voluntad del que decide, esto es, una que se muestra objetivamente, sin asomo de duda, carente de toda razón que la justifique, como aquí ocurre. Y, de otro, porque aquel escueto expediente administrativo cuyo contenido detallamos al principio, no permite flexibilizar el deber de recabarlos cuando nada hay en él que pueda suplirlos y garantizar, como quiere la norma, el acierto y la legalidad del texto reglamentario en elaboración”.

(STS de 9 de febrero de 2010. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Menéndez Pérez. Ar. 1323).