

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÀS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN
JOAQUÍN TORNOS MAS
Universidad de Barcelona

Cómo citar/Citation

Font i Llovet, T., Galán Galán, A., Peñalver i Cabré, A.,
Rodríguez Pontón, F. y Tornos Mas, J. (2022).
Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa.
Revista de Administración Pública, 218, 263-278.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.09>

SUMARIO

I. VALOR PROBATORIO Y PERICIAL DE LOS INFORMES TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN. II. LA SUSPENSIÓN DEL NOMBRAMIENTO PARA OCUPAR LA PRESIDENCIA Y LA ADJUNTÍA DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. LOS PROCEDIMIENTOS, EN SERIO. III. RAZONES SOCIOECONÓMICAS O DE GRAVE TRASTORNO A LA HACIENDA PÚBLICA NO JUSTIFICAN LA EJECUCIÓN PARCIAL DE SENTENCIAS: NECESIDAD DE DERRIBO TOTAL DE LAS CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES EN VALDECAÑAS PARA UNA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL MEDIO AMBIENTE.

I. VALOR PROBATORIO Y PERICIAL DE LOS INFORMES TÉCNICOS DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Hace ya más de cuarenta años, Joaquín Tornos, a sugerencia de nuestro común maestro Javier Salas, me invitó a colaborar con él en esta Sección de Notas de Jurisprudencia Contencioso-administrativa. Así, compartiendo esta modesta pero tan formativa tarea, tuve la fortuna de iniciar mi aprendizaje junto a él. Enseguida esta colaboración trascendió a mayores e innumerables proyectos comunes que a lo largo de todos estos años no han hecho sino aumentar y confirmar su magisterio. Ahora que Joaquín, en plena juventud, alcanza la jubilación académica quiero expresarle desde estas sencillas Notas mi felicitación por su tan rica trayectoria y mi gratitud por su ejemplo y generosidad.

2. Entre sus múltiples cometidos, la Administración pública es hoy día una potente proveedora de conocimientos técnicos, científicos y artísticos. Los canales a través de los cuales acostumbran a circular estos conocimientos son normalmente los de la prestación de servicios públicos. Pero también en ejercicio de sus potestades de intervención, y en el seno de los correspondientes procedimientos, la Administración está llamada en muchas ocasiones a emitir los informes técnicos necesarios para sustentar una resolución administrativa. Se trata normalmente de supuestos en que la resolución, siendo de carácter reglado, contiene no obstante algún elemento de la denominada discrecionalidad técnica, que requiere un juicio de esta naturaleza. En estos casos, ha sido habitual considerar que dichos informes emitidos por técnicos de la Administración gozarían de una presunción de mayor objetividad e imparcialidad que los presentados por los interesados en el procedimiento administrativo, o incluso en el proceso contencioso-administrativo, que serían considerados como informes de parte.

Así las cosas, la Sentencia del Tribunal Supremo 202/2022, de 7 de febrero, (Roj: STS 597/2022 - ECLI:ES:TS:2022:597), ponente Díez-Picazo, ha venido a resolver la siguiente cuestión casacional:

Naturaleza y valor probatorio de los informes de la Administración obrantes en el expediente administrativo más los aportados en sede judicial como pericial, todos elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración, y, en particular, si deben ser tenidos como informes de parte y ser valorados como tales, o si por el hecho de proceder de funcionarios de los que se presume objetividad tienen un plus de fuerza probatoria frente a los informes de parte.

Los antecedentes se refieren a la autorización administrativa para la exportación de la obra «Final de jornada», del pintor Joaquín Sorolla, que fue denegada por considerar la Administración que el cuadro posee un valor excepcional a los efectos de la legislación sobre el patrimonio histórico español y que, por consiguiente, debe permanecer en territorio nacional. La denegación se adoptó en base al informe de

la Junta Técnica de la Dirección General de Bellas Artes, en el expediente administrativo figuraban otros informes de unidades administrativas y en vía de recurso se incorporaron otros nuevos informes, todos ellos en el mismo sentido de apreciar el valor excepcional del cuadro en cuestión. Por su parte, el interesado también aportó dos informes de expertos que concluyen que los méritos del cuadro son innegables, mas no excepcionales en el contexto de la obra del artista.

Como puede ya intuirse, lo que suscitó la casación es la valoración de todos estos informes que efectuó el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Su sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo, y a la hora de valorar todo el material probatorio otorgó mayor peso al que procedía de la Administración, justificándolo, en efecto, por la «mayor objetividad e imparcialidad» de los expertos de esta y sin llegar a hacer un análisis detallado de los argumentos recogidos en todos y cada uno de los informes y dictámenes recogidos en las actuaciones.

3. El Tribunal Supremo comienza recordando que tanto la Ley de Procedimiento Administrativo como la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no contienen normas específicas sobre los medios de prueba y de su valoración, remitiéndose ambas a la Ley de Enjuiciamiento Civil. En su virtud, a) sitúa dichos informes, por su naturaleza, en el ámbito del «dictamen de peritos» (art. 335 LEC); y b) indica que, por sus características subjetivas, tales dictámenes de peritos pueden ser emitidos por personal al servicio de la Administración que por su formación y selección tengan conocimientos especializados relevantes para probar hechos que solo por medio de una pericia pueden ser acreditados.

A continuación, la sentencia señala que: «Tampoco es dudoso que, en el ámbito del Derecho Administrativo, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, los dictámenes periciales deben valorarse tal como ordena el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, “según las reglas de la sana crítica”» lo que significa que:

Ante una prueba pericial puede el juzgador formar su convicción sobre los hechos con libertad, dando a aquélla el peso que —habida cuenta de las circunstancias y del resto del material probatorio— considere adecuado. Pero debe hacerlo exponiendo las razones que le conducen, siguiendo el modo de razonar de una persona sensata, a aceptar o rechazar lo afirmado por el perito. La valoración de la prueba pericial según las reglas de la sana crítica es, así, una valoración libre debidamente motivada; algo que, como es obvio, exige realizar un análisis racional de todos los elementos del dictamen pericial, sopesando sus pros y sus contras.

Con esta declaración, pues, en principio quedaría apuntada ya la posición del tribunal de negar un plus de valor, por su mayor objetividad e imparcialidad, a los informes emitidos por los técnicos de la Administración por este solo motivo. Ahora bien, la sentencia se cuida de introducir algunas precisiones importantes. En primer lugar, «no es lo mismo que un informe o dictamen emanado de la Administración se haga valer como medio de prueba en un litigio entre terceros o

en un litigio en que esa misma Administración es parte. En este último supuesto, no tiene sentido decir que el informe o dictamen goza de imparcialidad y, por ello, merece un plus de credibilidad: quien es parte no es imparcial». En consecuencia, habrá que estar atentos al caso concreto: podríamos decir que en un litigio entre particulares sobre el valor de una obra de arte, sí cabría otorgar, en atención a las circunstancias, una presunción de imparcialidad y objetividad al informe del técnico procedente de la Administración. Incluso habría espacio ahí para darle juego como dictamen dirimente. Pero no, como en el caso de autos, donde la Administración autora del acto recurrido es también, en definitiva, autora del informe pericial.

Y aquí aparece una segunda consideración de interés. Me refiero a la importancia de la organización administrativa en la cualificación de cada situación. En efecto, la sentencia declara que:

[...] no todos los expertos al servicio de la Administración se encuentran en una misma situación de dependencia con respecto al órgano administrativo llamado a decidir. Por mucha que sea la capacitación técnica o científica de la concreta persona, no es lo mismo un funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa que alguien que —aun habiendo sido designado para el cargo por una autoridad administrativa— trabaja en entidades u organismos dotados de cierta autonomía con respecto a la Administración activa.

La relevancia de la jerarquía administrativa como criterio de organización ha de servir, junto a otros elementos, para graduar el valor que, según las reglas de la sana crítica, cabrá otorgar al informe técnico. Efectivamente, se trae a colación el art. 343 LEC relativo a la tacha de peritos en situación de dependencia con una de las partes.

La alusión de la sentencia a quienes trabajan en «entidades u organismos dotados de cierta autonomía» bien pareciera que ha tenido en cuenta, en el caso concreto, la presencia en el expediente administrativo de un informe emitido por un técnico del Museo del Prado, dotado de cierta autonomía frente al Ministerio de Cultura del que depende la Dirección General de Bellas Artes que denegó la autorización de exportación.

Otra reflexión que se suscita es que junto a la dependencia jerárquica cabría manejar otro criterio graduador de la imparcialidad u objetividad: me refiero a la inamovilidad del técnico que emite el informe. Probablemente, desde un punto de vista racional, cabría sostener que existe un mayor indicio de objetividad en el funcionario público de carrera con garantía de inamovilidad que en el interino o laboral. No se trata aquí de la «condición de autoridad» (art. 77.5 LPACAP), sino de las condiciones subjetivas en que se emite el juicio técnico.

En fin, el tribunal admite que puede haber casos en que los informes de origen funcional, aun habiendo sido elaborados por auténticos técnicos, no pueden ser considerados como prueba pericial, por ejemplo, cuando las partes no tienen ocasión de pedir explicaciones o aclaraciones, «en cuyo caso no tendrán

más valor que el que tengan como documentos administrativos, y como tales habrán de ser valorados». Nótese al respecto que la Ley de Procedimiento Administrativo regula en Secciones distintas la prueba y los informes, y que no establece ninguna conexión entre ambos, a pesar de que estos últimos pueden, en efecto, revestir el carácter de medio de prueba, según los casos.

Para acabar de despejar las dudas que envuelven este tema, acaso haya que traer a colación la conocida presunción de certeza de los documentos redactados por funcionarios públicos sobre los hechos constatados por aquellos, a que se refiere el citado art. 77.5 LPACAP. La fina distinción entre la realidad del hecho y la valoración del mismo no dejará de plantear ocasiones de confusión que habrá que despejar convenientemente.

4. La doctrina sentada en esta STS de 7 de febrero de 2022 va a tener sin duda una notable trascendencia en los procedimientos administrativos y contenciosos, en especial en determinados sectores. Piénsese, entre otros muchos, en el ámbito tributario, donde la valoración de los bienes inmuebles, por ejemplo, a efectos del impuesto de Plusvalía, ha movilizado a los ayuntamientos a dotarse de arquitectos especializados en valoraciones para obtener mayor aproximación al valor real del bien frente al valor libremente declarado por las partes o, aún más, declarado de manera unilateral en determinados supuestos. El ordinario valor probatorio de las escrituras que había indicado el Tribunal Constitucional deberá ser sometido también a la sana crítica a la vista de los informes periciales de los técnicos municipales.

Pero más allá de esta cuestión, y de su incidencia procesal, la Sentencia comentada me causa una cierta preocupación desde la perspectiva de la configuración institucional de la Administración pública. Las bases constitucionales de la Administración —el servicio objetivo de los intereses generales (art. 103 CE)— y la configuración legal del estatuto jurídico de los empleados públicos —su actuación se fundamenta en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad (art. 53.2 EBEP)— dibujan un contexto muy diferente del que subyace en la Sentencia del Tribunal Supremo. Naturalmente, la respuesta del TS viene condicionada por la forma en que se plantea el recurso de casación y como se delimita la cuestión de interés casacional. Si se mantiene la presunción de legalidad de los actos administrativos, ¿tan extravagante es mantener la presunción —solo la presunción!— de objetividad de los informes técnicos de la Administración? ¿No son también actos administrativos? La regla de la sana crítica en la valoración de la prueba, que debe tener en cuenta todas las circunstancias de los dictámenes periciales, no está reñida con la consideración de que algunos de estos documentos han sido emitidos no solo bajo el leal saber y entender de quien lo firma, sino también, por mandato legal, de acuerdo con los principios de objetividad e imparcialidad. (TF)

II. LA SUSPENSIÓN DEL NOMBRAMIENTO PARA OCUPAR LA PRESIDENCIA Y LA ADJUNTÍA DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. LOS PROCEDIMIENTOS, EN SERIO

Mediante el Auto de 21 de marzo de 2022 (rec. 272/2022, ponente Requero Ibáñez), el Tribunal Supremo ha suspendido el proceso de nombramiento que debía llevar a ocupar los puestos de dirección y de adjuntía de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

Esta resolución plantea algunas cuestiones de interés sustantivo que justifican dedicarle esta nota.

Los antecedentes relativos a la solicitud de medidas cautelarísimas

El día 1 de marzo de 2022 se publica en el *BOE* (nº 51) la *Orden JUS/133/2022, de 26 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2022, por el que se comunica al Congreso de los Diputados la propuesta de candidatos a ocupar la Presidencia y la Adjuntía de la Agencia Española de Protección de Datos.*

Este Acuerdo comunica al Congreso una propuesta de tres candidatos para ocupar la Presidencia de dicha Autoridad y otra de otros tres candidatos para ocupar su Adjuntía.

El 14 de marzo de 2022, dos de los candidatos de la lista para ocupar la Presidencia de la AEPD, siguiendo el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, impugnan este Acuerdo y presentan solicitud de medidas cautelares ordinarias (arts. 129 y 130 LCJA) y cautelarísimas (art. 135 LJCA). El día 16 de marzo de 2022 el Tribunal Supremo dicta dos autos que rechazan las peticiones de medidas cautelarísimas, con números de recurso 272/2022 y 268/2022, cuyo ponente es el propio Requero Ibáñez.

Es interesante destacar que en el caso del recurso 272/2022 (que es el que da lugar al Auto de 21 de marzo que es objeto de esta nota) se invoca el derecho fundamental del art. 23.2 CE, el derecho de los ciudadanos *a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*; mientras que en el caso del recurso 268/2022 se invoca también el art. 18.4 CE (que establece, recordemos, que *la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*) en relación con «el principio de independencia» de la AEPD. En este segundo caso, que correría la misma suerte que el primero en cuanto a la petición de medidas cautelarísimas, el asunto dio lugar a otro auto, de 22 de marzo de 2022 (mismo ponente), que, en lo referente a la adopción de la medida cautelar ordinaria, simplemente declararía la pérdida de objeto, ya que un día antes se había adoptado la suspensión del mismo Acuerdo por parte del auto que aquí comentamos.

Como decíamos, los dos autos del TS de 16 de marzo de 2022 rechazan la adopción de las medidas cautelarísimas. Las mismas se solicitaban al entender que concurrían circunstancias de especial urgencia, debido a la inmediatez de ejecución del acto en cuestión, así como la dificultad de reversión, especificándose en el caso del recurso 268/2022 que se producirían daños irreparables derivados para la AEPD al consumarse el nombramiento controvertido.

Los autos de 16 marzo comienzan recordando (RJ 3 de ambos autos) que la finalidad de la tutela cautelarísima del art. 135 LCJA no es tanto la de apreciar si la ejecución del acto impugnado puede hacer perder su finalidad al recurso o causar perjuicios de imposible o difícil reparación, sino que pueda hacer perder su objeto a la adopción de una medida cautelar ordinaria, con audiencia de las partes. A partir de esta premisa, se llega a la conclusión de que cabe denegar esta petición, por dos motivos. Uno, relacionado con la propia conducta del recurrente, que no promovió el recurso hasta el día 14 de marzo, habiendo sido publicado el Acuerdo el 1 de marzo, como antes hemos puesto de manifiesto. El otro, relacionado con el devenir del procedimiento de nombramiento, ya que se dice que no consta que se fuera a adoptar una resolución inminente por parte del Congreso de los Diputados, que es la que pondría fin a ese procedimiento (RJ 5). En el caso del recurso 268/2022 se añade un tercer motivo, relativo a la falta de razonamiento suficiente sobre la pertinencia de la medida solicitada.

Así pues, lo que sí se acuerda (RJ 6) por parte del TS es seguir los trámites generales, dar traslado a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal y pasar a resolver la petición de medida cautelar ordinaria en breves fechas, que es lo que ocurre con el Auto de 21 de marzo.

La nota clave de la independencia de la autoridad de control en materia de protección de datos

Como se ha dicho, el objeto de impugnación es el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2022 que comunica al Congreso de los Diputados las dos ternas indicadas, Acuerdo que procede del procedimiento selectivo que se convocó mediante Orden JUS/1260/2021, de 17 de noviembre, *por la que se convoca proceso selectivo para la designación de la Presidencia y de la Adjuntía a la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos*, publicada en el BOE (nº 276) de 18 de noviembre de 2021.

Dicho procedimiento selectivo se lleva a cabo de acuerdo con la novedosa normativa al respecto, contenida en el art. 48.3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), así como en los arts. 19-22 del Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos.

La LOPDGDD establece que presidente y adjunto «ejercerán sus funciones con plena independencia y objetividad y no estarán sujetos a instrucción alguna en su desempeño», y que serán nombrados «por el Gobierno, a propuesta del

Ministerio de Justicia, entre personas de reconocida competencia profesional, en particular en materia de protección de datos». Para ello se debe llevar a cabo una convocatoria pública de candidatos, una evaluación «del mérito, capacidad, competencia e idoneidad» de dichos candidatos; una remisión de la propuesta del Gobierno con un informe justificativo y la votación en el Congreso, en los términos contenidos en dicha normativa y que se sintetizan en el RJ 1 del Auto de 21 de marzo.

Es importante señalar que toda esta regulación se enmarca en el carácter clave de la nota de independencia de la autoridad reguladora en este ámbito, de acuerdo con la normativa europea. Hemos de recordar, así, que el propio art. 16 TFUE se refiere al respeto de las normas en este ámbito «sometido al control de autoridades independientes», o el propio preámbulo del Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, RGPD), cuando señala que:

«El establecimiento en los Estados miembros de autoridades de control capacitadas para desempeñar sus funciones y ejercer sus competencias con plena independencia constituye un elemento esencial de la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal» (§ 117), pasaje recordado también en el preámbulo del Estatuto de la AEPD antes citado.

Es bien conocida la trascendencia de ese vínculo europeo entre la protección de un derecho fundamental y la independencia de determinadas instituciones, y a ello añadiremos ahora dos datos.

El primero, es que el RGPD establece la total independencia de la autoridad de control en su art. 52, así como una serie de condiciones generales a aplicar a los miembros de dicha autoridad en lo que se refiere a su nombramiento a través de un procedimiento que tiene que ser transparente, condiciones que serán dispuestas por los Estados miembros. Es después, en este caso, el legislador español y su desarrollo reglamentario el que concreta los mecanismos organizativos y procedimentales que, pese a no venir impuestos en detalle en el RGPD, sí que concretan sus mandatos relativos a la independencia de la autoridad y los elementos mínimos previstos en dicho reglamento europeo. Precisamente el RJ 3 del Auto del TS señala los cambios sustanciales que supone la actual normativa española en relación con la anterior (se abandona, se dice, la «designación directa»), adaptando y concretando así la normativa europea, a partir de sus mandatos y márgenes («España ha optado por el rigor»). No vamos a entrar en esta nota en esa concreción y en esos márgenes.

El segundo dato es que, como se recuerda en el mismo preámbulo del Real Decreto que aprueba el Estatuto de la AEPD, en este texto reglamentario se llevó a cabo la regulación del procedimiento de designación de Presidencia y Adjuntía precisamente a causa de una observación esencial formulada en el dictamen del Consejo de Estado. En efecto, en dicho Dictamen, 683/2020, de 11 de febrero de 2021, se indicó lo siguiente, que nos permitimos transcribir para reafirmar la relevancia del punto de partida aquí indicado:

Comparte el Consejo de Estado lo observado por la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa en relación con la necesidad de que el Estatuto proyectado desarrolle con mayor detalle los aspectos procedimentales necesarios para la efectividad del artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2018, en particular «la descripción del órgano o persona que (¿es un comité o panel de selección?, composición siquiera genérica del panel de selección, etc.) va a realizar la evaluación previa del mérito, capacidad, competencia e idoneidad de los candidatos a que se refiere el artículo 48.3 de la LOPD». En resumen, en defecto de una mayor precisión sobre cuáles son esos requisitos de «titulación, experiencia y aptitudes» que deben reunir los candidatos, el proyecto de Estatuto debe, al menos, articular un procedimiento transparente para la designación del candidato que será propuesto por el Ministerio de Justicia, en aras de garantizar su independencia.

A juicio del Consejo de Estado, la regulación reglamentaria de los aspectos del procedimiento de esa designación resulta indispensable, pues lo dispuesto en el artículo 54.1, letras b) y c), del RGPD pone de relieve la importancia que el legislador europeo confiere a la transparencia y a la seguridad jurídica en esta materia, como instrumento indispensable para asegurar la autonomía de las autoridades de control.

Esta observación se formula con carácter esencial [...].

Recordando este elemento esencial, ya podemos atender, primero, a los hechos relevantes, y, segundo, a los argumentos y al sentido de la resolución del TS en su Auto de 21 de marzo. Previamente, haremos breve referencia también a la cuestión planteada sobre la admisión del recurso.

La cuestión de la admisión del recurso

La Abogacía del Estado plantea, en efecto, que el recurso resulta inadmisibile, ya que se trataría de la impugnación de un acto de trámite no susceptible de ser impugnado autónomamente. El Auto del TS (RJ 4), haciendo una lectura no formalista, entiende que no cabe acoger esta causa de admisión, ya que, si bien se trata, efectivamente, de un acto que ha de ir seguido de otras actuaciones antes del nombramiento, materialmente se trata de un acto de trámite cualificado, dado que pone fin a la fase de selección y ya queda solamente pendiente de la ratificación parlamentaria (puesto que de eso se trata, de una ratificación, no de una elección en sede parlamentaria). Aspecto que tiene que ver, pues, con el diseño y configuración misma del procedimiento de designación de director y adjunto, así como con las circunstancias fácticas concurrentes en este caso. No se olvide, en efecto (se abunda sobre ello en el RJ 5), que, aunque formalmente en sede parlamentaria se podría no ratificar la propuesta, esta intervención parlamentaria no está configurada legalmente como una selección o elección, y no cabe convertir una propuesta del Gobierno para ratificación parlamentaria en un ofrecimiento, por decirlo así, para una ulterior selección, dado que además son incontrovertidos los términos del pacto político y de las mayorías de la Cámara en este caso.

También se descarta, sin que ahora merezca más atención, la causa alegada de falta de legitimación del recurrente.

Hechos alegados relevantes

Se alega por parte del recurrente que antes de la convocatoria ya se habían pactado los nombres de las personas que serían presidente y adjunto de la AEPD, algo que se presenta como hecho notorio y contrario, desde luego, a la nota de la independencia ya comentada. Los hechos, en efecto, son caracterizados como notorios (RJ 5 del Auto) en el sentido (exentos de prueba) que establece el art. 281.3 LEC, hechos no negados por ninguna parte. Hechos que básicamente consisten en constatar el acuerdo político entre el Gobierno y el Partido Popular de renovación de cargos (anunciado el 14 de octubre de 2021) de determinados órganos constitucionales y de la Presidencia y Adjuntía de la AEPD; nombres concretos correspondientes a estos dos últimos hechos públicos el 21 de octubre; publicación posterior, el 18 de noviembre, de la mencionada Orden JUS/1260/2021 (así como otros nombramientos de otros órganos constitucionales) y adopción del Acuerdo impugnado del Consejo de Ministros.

La concesión de la medida cautelar

El primer elemento cardinal, ya en el RJ 5 del Auto de 21 de marzo, para dicha concesión enlaza directamente con el valor, en casos como el presente, de la integridad del procedimiento. Dice el Auto de 21 de marzo:

[...] no cabe oponer que la suspensión pretendida ocasionaría una grave perturbación del interés general pues, al contrario, ese interés general consiste en respetar la nueva regulación que introduce un procedimiento selectivo según las reglas antes expuestas, pensado para que la provisión de los cargos sea conforme a criterios objetivos de mérito y capacidad. Lo que sí perturbaría —y gravemente— el interés general es apartarse de ese procedimiento para modificarlo radicalmente.

Así pues, el elemento del art. 130.2 LJCA vinculado a la ponderación de la protección del interés general se orienta a salvaguardar el valor de la configuración concreta de un determinado procedimiento.

El segundo elemento se centra en el controvertido (dada su falta de expresa previsión en la LJCA) elemento del *fumus boni iuris*, ya que el juicio cautelar dependerá de la seriedad y apariencia de fundamentación de la impugnación. Para ello, el TS deja claro que basar en este elemento, de manera general, el juicio cautelar, es excepcional y debe hacerse en términos restrictivos, dados los riesgos que entraña. Se indican entonces criterios y precedentes en los que se ha resuelto en base a la apariencia de buen derecho.

Para seguir en esa vía, el TS vuelve otra vez la vista a las connotaciones específicas —vinculadas a la nota de la independencia de la autoridad de con-

rol— del procedimiento que está en juego (se recuerda, «concurrential, público y transparente») y las circunstancias presentes de forma notoria, en particular, el claro hecho de haberse pactado políticamente, bastante antes de la convocatoria, los nombres correspondientes a presidente y adjunto, de modo que de hecho se designaron y eligieron.

El corolario no puede ser más rotundo: ha habido una mera apariencia de procedimiento, se ha alterado su configuración de manera radical (afectando tanto al presidente como al adjunto), como si no existiera la novedosa normativa antes indicada, lo cual incide de manera directa en el ejercicio del derecho fundamental del art. 23 CE. No solo eso, sino que se recuerda la importancia de las funciones de la AEPD, conectada a la nota de independencia, y asimismo en tanto que autoridad representante en instancias europeas.

No solo se aprecia la apariencia de buen derecho en base a las circunstancias mencionadas, sino que además se añade que el daño en términos reputacionales para la propia AEPD (en el ámbito nacional y europeo) resultante de una sentencia que obligara al cese de las personas nombradas sería de mayor consideración. Algo remarcable en cuanto supone la preservación de las instituciones tal como resultan configuradas por el legislador europeo y nacional.

El resultado destacable es que el TS dirige los criterios determinantes del juicio cautelar hacia la preservación del interés general dado por una determinada configuración de un procedimiento de designación, que, tributario de unos valores y mandatos europeos, se han interiorizado y desarrollado en el ordenamiento jurídico interno, y que no cabe desnaturalizar, ni alterar, ni aparentar que se cumple siguiendo en realidad pautas ajenas al sentido de su configuración. Los procedimientos, en serio (FJRP).

III. RAZONES SOCIOECONÓMICAS O DE GRAVE TRASTORNO A LA HACIENDA PÚBLICA NO JUSTIFICAN LA EJECUCIÓN PARCIAL DE SENTENCIAS: NECESIDAD DE DERRIBO TOTAL DE LAS CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES EN VALDECAÑAS PARA UNA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL MEDIO AMBIENTE

La ejecución de sentencias es uno de los déficits más graves en los que aún se encuentra el contencioso-administrativo a pesar de que la LJCA disponga de mecanismos bastante adecuados. No es extraño que, especialmente en medio ambiente, no se produzca la ejecución de sentencias por diversas causas, ya sean de orden fáctico (entre otras, las partes o las personas afectadas no la instan, las actuaciones posteriormente declaradas contrarias a derecho por la sentencia ya se habían desarrollado, la sentencia firme llega después de muchos años o la mayor influencia de determinados intereses económicos) o de orden legal (entre otras, expropiación de derechos o interpretaciones amplias de las causas de imposibilidad legal o material).

De gran interés es la Sentencia del Tribunal Supremo 162/2022, de 9 de febrero (sección 5ª, ponente Octavio Juan Herrero Pina, ECLI:ES:TS:2022:481), porque pone fin a interpretaciones amplias de las causas de imposibilidad material. En este caso, estima el recurso de casación presentado por Ecologistas en Acción-CODA contra el auto del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 30/6/2020 (confirmado en reposición por el auto de 21/9/2020) que declaraba la imposibilidad material parcial de ejecución de sentencia y ordenaba el derribo de solo las construcciones no finalizadas o sin funcionar en la Isla de Valdecañas. En cambio, el Tribunal Supremo rechaza que concurra ninguna causa de imposibilidad material y ordena demoler todo lo construido.

Esta sentencia del Tribunal Supremo llega después de un largo período de quince años desde el Decreto de la Junta de Extremadura 55/2007, de 10 de abril, que aprobó definitivamente el Proyecto de Interés Regional (PIR) promovido por Marina Isla de Valdecañas, S.A. para construir un gran complejo turístico en unos terrenos clasificados como no urbanizables catalogados como Zona de Especial Protección de Aves (ZEPA). En 2010 se inauguró una primera fase del complejo con 185 chalés, un hotel de 80 habitaciones, un club social, un campo de golf de 18 hoyos, zonas de baño e instalaciones deportivas. Posteriormente, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 195 y 196/2011, de 9 de marzo, estimaron, respectivamente, los recursos contenciosos administrativos de ADENEX y Ecologistas en Acción-CODA y declararon ilegal el PIR, obligaron a la reposición de los terrenos a su estado original y a la paralización de las obras. Dichas sentencias fueron confirmadas por las Sentencias del Tribunal Supremo 2419 y 2940/2014, de 29 de enero.

Al proceder a la ejecución de las sentencias, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 30/6/2020 desestimó la imposibilidad legal de ejecución. Se basó en la STC 134/2019, que declaró inconstitucional, por ser contraria a la normativa básica estatal, el párrafo segundo del art. 11.3.1.b de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura (en la redacción introducida por la Ley 9/2011, de 29 de marzo) que permitía la transformación urbanística del PIR en este espacio natural protegido como ZEPA. Pero declaró la imposibilidad material parcial de ejecución de las sentencias en los siguientes términos:

- a) Demoler todo lo que se encuentra en fase de estructura o no está terminado y en funcionamiento.
- b) Restaurar y revegetar las plataformas existentes que no han sido urbanizadas.
- c) Cumplir la demolición, la restauración y la revegetación con determinados requisitos materiales (entre otros, proceder de manera ordenada y programada con el menor perjuicio para el medio ambiente) y procedimentales (aprobación de un plan o programa por la Junta de Extremadura en el plazo máximo de seis meses con previa audiencia de las comunidades de pro-

pietarios, los Ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo y las asociaciones demandantes Ecologistas en Acción-CODA y ADENEX y posterior comunicación al Tribunal para que proceda a su control).

- d) Prohibir nuevas edificaciones.
- e) Conservar un hotel, 165 viviendas, el campo de golf e instalaciones que actualmente están construidas y en funcionamiento.
- f) Condenar a la Junta de Extremadura a indemnizar en 250.000 euros tanto a Ecologistas en Acción-CODA como a ADENEX.

Se justifica la imposibilidad material parcial de ejecución en base a una adecuada ponderación de los diversos intereses que deben tenerse en cuenta en correspondencia con el principio de proporcionalidad, siguiendo la STS 539/2020, de 25 de mayo, sobre el Proyecto Regional Parque Empresarial del Medio Ambiente de Garray (Soria). Primero, en base a la valoración conjunta de la prueba conforme a la sana crítica (en especial, el informe encargado por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura al CSIC), considera que el medio ambiente (básicamente, la integridad de la ZEPA) no se ve perjudicado por las construcciones y usos que se mantienen si el programa que la Junta apruebe adopta medidas de conservación que minimicen los impactos. Además, aduce que la ocupación es estacional, por cuanto las viviendas son fundamentalmente de segunda residencia. Segundo, el derribo total tiene un impacto socioeconómico en la comarca del complejo Marina Isla de Valdecañas por la destrucción de empleo directo (si bien admite que se crean muy pocos) e indirecto para hacer frente al despoblamiento de estas zonas rurales hacia las ciudades. Tercero, los graves perjuicios económicos para la Hacienda Pública y para la ciudadanía que con sus tributos deberían hacer frente a la carga económica del derribo de todo lo edificado que se cuantifica en 33.982.889,85 euros de costes de demolición y 111.000.000 euros por las posibles indemnizaciones de las viviendas a efectos del art. 108.3 LJCA. Cuarto, la protección de terceros de buena fe y el principio de seguridad jurídica en relación al hotel construido de los dos previstos y las 185 viviendas de las 565 previstas. Y quinto, el tiempo transcurrido desde la interposición de los primeros procesos contencioso-administrativos en el año 2007 y las primeras sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 9/3/2011.

Contra estos autos se presentó recurso de casación por Ecologistas en Acción-CODA que fue admitido por el auto del Tribunal Supremo de 6/5/2021 declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en: «Si cabe apreciar imposibilidad material de ejecución de una sentencia —respecto de todo lo que ya ha sido construido— cuando, en otro caso, se verían seriamente afectados intereses de carácter socioeconómico o de otra índole, siempre que quede debidamente garantizada la integridad ambiental». Y se señalan las siguientes normas jurídicas que, en principio, deben ser objeto de interpretación: art. 105.2 LJCA, art. 12.2 a) y 13.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la

Ley de suelo (actuales arts. 3, 13.1 y 21.2.a del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), art. 6.2 de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, art. 4.4 de la Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres y art. 46.2 de la Ley 42/2007 de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

El recurso de casación de Ecologistas en Acción-CODA solicita, en base a unos sólidos fundamentos jurídicos reproducidos extensamente en el FJ 4 de la sentencia, que se declare la no concurrencia de la causa de imposibilidad material parcial de ejecutar las sentencias en sus propios términos. Y, por tanto, se decrete la inmediata suspensión de cuantos usos se vengán desarrollando en la Marina de Valdecañas, así como el desmantelamiento de cuantas instalaciones se hayan realizado y la demolición de las obras de construcción y urbanización ejecutadas al amparo del PIR Marina de Valdecañas, con exigencia a la Administración condenada para que lleve a cabo de manera inmediata la restauración de dichos terrenos a la situación previa a la ejecución de las mismas. Recuerda que las construcciones e instalaciones que se mantienen ocupan 134,5 hectáreas de la ZEPA ES0000329 «Embalse de Valdecañas» y el Lugar de Importancia Comunitaria ES4320068 «Márgenes de Valdecañas». A ello se oponen las partes recurridas (Junta de Extremadura, Ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo, entidad mercantil Marina Isla Valdecañas y diversas comunidades de propietarios), reiterando los argumentos de los autos recurridos, por lo que el Tribunal Supremo le dedica un solo párrafo.

A continuación, el Tribunal Supremo examina los argumentos aducidos por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura para justificar la inejecución parcial de las sentencias manteniendo la urbanización, construcciones e instalaciones ya realizadas y en funcionamiento.

En primer lugar, partiendo de que no corresponde en casación revisar la valoración de la prueba, el Tribunal Supremo rechaza que la supuesta falta de incidencia de lo construido en el medio ambiente pueda ser considerada como causa de imposibilidad material de ejecución del art. 105.2 LJCA. Se apoya en los razonamientos jurídicos de la citada STC 134/2019, que declaró la inconstitucionalidad de la modificación del art. 11 de la Ley extremeña 15/2001 que daba cobertura legal a la transformación urbanística del PIR Marina de Valdecañas. Afirma que «la consumación de la transformación urbanística no preserva sino que cambia el destino del suelo objeto de la urbanización» y «la urbanización implica siempre una grave alteración y supone una reducción de facto de la superficie protegida». Además, señala que «se consolidaría una transformación urbanística cuya ilegalidad afecta a intereses públicos tan relevantes como la ordenación urbanística y la protección del medio ambiente, que determinaron los pronunciamientos judiciales que son objeto de ejecución».

En segundo lugar, se examina el impacto socioeconómico de la ejecución en los municipios de El Gordo y Berrocalejo como intereses que deben ser objeto de

valoración y protección. El Tribunal Supremo admite que estos beneficios socioeconómicos se han de ponderar con los derechos e intereses protegidos por las sentencias para determinar si hay una incompatibilidad o una gran desproporción que justifique la causa de imposibilidad material. Pero diverge con la ponderación realizada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

En relación a la generación de empleo y el mantenimiento de la población en los municipios, destaca que los autos recurridos reconocen la existencia de informes contradictorios y que la incidencia de la ejecución es limitada. Por ello, el Tribunal Supremo considera que estos beneficios socioeconómicos «difícilmente pueden imponerse y considerarse desproporcionadamente de mayor alcance que la realización de los intereses públicos tutelados y comprometidos en la ejecución, como son la ordenación urbanística y la protección del medio ambiente, que resultarían definitivamente lesionados, en los términos declarados por las sentencias que se ejecutan, al mantenerse y consolidarse la transformación urbanística anulada».

Y sobre los graves perjuicios económicos para la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el Tribunal Supremo analiza el supuesto de grave trastorno a la Hacienda Pública prevista para las condenas de pago. Recuerda que el art. 105 de la LJCA 1956 no permitía la inexecución de la sentencia por detrimento grave a la Hacienda Pública cuando supusiera la condena a la Administración al pago de cantidad, sino que podía acordarse la modalidad de pago que diera cumplimiento al fallo en la forma que resultase menos gravosa para el Tesoro Público. Igualmente manifiesta que el vigente art. 105 LJCA contempla el trastorno grave a la Hacienda Pública como causa de imposibilidad legal o material de ejecución. Y, de forma semejante, el art. 106 LJCA establece que, en el supuesto de condena a la Administración al pago de cantidad líquida, habrá de acordarse el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable y si la Administración estimare que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su Hacienda, podrá proponer al juez o tribunal que resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquella. Por tanto, el Tribunal Supremo concluye que, en relación a las condenas de pago, la LJCA no prevé el grave detrimento para la Hacienda Pública como causa de imposibilidad material de ejecución, sino que establece la regla general de la obligación de la Administración de pago de la cantidad en los propios términos establecidos por la sentencia. Y la alegación de que pueda suponer un trastorno grave no comporta el incumplimiento, sino buscar la forma que resulte menos gravosa, lo que habrá de razonarse y someterse a la audiencia de las partes.

Seguidamente, el Tribunal Supremo aplica este criterio legislativo a los supuestos en los que la Administración invoque también este mismo trastorno grave derivado de la ejecución de sentencias en sus propios términos que contengan otros pronunciamientos (como es el caso de la regularización urbanística mediante la demolición de las construcciones e instalaciones ilegales). Por

tanto, insiste que el legislador descarta la imposibilidad material de ejecución y ofrece dos soluciones que son el carácter ampliable del correspondiente crédito presupuestario y la posibilidad de la ejecución económica en la forma que resulte menos gravosa.

A su vez, indica que el alcance de la responsabilidad económica de la Administración ha de ponerse en relación con los derechos e intereses tutelados por las resoluciones judiciales de cuya ejecución se trata (la protección del medio ambiente y la salvaguarda del urbanismo) y la responsabilidad que en su lesión o vulneración se atribuya a la Administración (transformación urbanística ilegal de terrenos de la Red Natura 2000).

Por todo ello, el Tribunal Supremo concluye de forma taxativa:

[...] no se aprecia la concurrencia de causas que justifiquen la imposibilidad material de ejecución de las sentencias en sus propios términos en cuanto a la demolición de lo construido y en funcionamiento, imposibilidad material que ha de examinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto y los derechos e intereses comprometidos en la ejecución, y que no puede identificarse con el hecho de que la ejecución presente dificultades o la conveniencia de atender otros intereses que no pueden imponerse a los que resultan tutelados por los pronunciamientos judiciales que se trata de llevar a efecto, en garantía de la seguridad jurídica que se vería seriamente afectada por la falta de realización del derecho reconocido judicialmente, ejecución que como señala el Tribunal Constitucional en las sentencias antes citadas, constituye un derecho fundamental y ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo.

De ahí que la respuesta del Tribunal Supremo a la cuestión de interés casacional planteada sea que «no cabe apreciar imposibilidad material de ejecución de las correspondientes sentencias, respecto de todo lo que ya ha sido construido, por la afectación de intereses de carácter socioeconómico o de otra índole» (FD 5). Por tanto, estima el recurso de casación, casa y deja sin efecto los autos recurridos en cuanto acuerdan «la conservación del hotel, viviendas, campo de golf e instalaciones que actualmente están construidas y en funcionamiento» y ordena que deberán ser demolidas como el resto de las obras e instalaciones. A su vez, indica que el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura deberá volver a valorar la indemnización a las dos asociaciones por cuanto la inejecución parcial fue uno de los aspectos tomados en cuenta para fijar el importe de las indemnizaciones.

En fin, esta sentencia del Tribunal Supremo es de suma importancia para la tutela judicial efectiva del medio ambiente y establece en fase de ejecución de sentencias una prevalencia de la protección ambiental frente otros intereses económicos y sociales. (AP).