

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÁS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ORIOI MIR PUIGPELAT
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
JOAQUÍN TORNOS MAS

Universidad de Barcelona

I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, FUNCIONAMIENTO NORMAL Y ESTÁNDARES DE DILIGENCIA. EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR LA COLISIÓN DE MOTORISTA CONTRA EL QUITAMIEDOS DE LA CARRETERA

La sentencia de 1 de diciembre de 2009 (Sección 6.^a, recurso de casación núm. 3381/2005) es la primera del Tribunal Supremo en hacerse eco de una extendida reivindicación del colectivo de motoristas, al declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por la colocación de biondas o quitamiedos cortantes en las carreteras. El tribunal ya había afirmado la responsabilidad de la Administración por no anclar tales vallas al suelo (sentencia de 23 de julio de 2001, Sección 6.^a, recurso de casación núm. 2644/1997), y otros órganos habían reconocido con anterioridad el derecho al resarcimiento de motoristas en casos análogos al aquí planteado (así, p. ej., la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña en su dictamen 118/06). Pero la Sala 3.^a no había sido llamada hasta la fecha a pronunciarse sobre el carácter cortante de las biondas instaladas en carreteras y autovías, como observa el propio tribunal (FJ 4.^o).

La sentencia también ilustra como pocas el papel que corresponde a la Administración y a los jueces en la fijación de los estándares de diligencia de la actuación administrativa, así como la evolución que sufren tales estándares con el paso del tiempo. Contiene asimismo aseveraciones de interés sobre la modulación de la responsabilidad por culpa de la víctima y sobre los límites de la responsabilidad de los contratistas públicos.

Los hechos, los habituales en este tipo de casos, son los siguientes. Un motorista, en 1999, mientras circulaba a velocidad «inadecuada» por una autovía con buena visibilidad y en correcto estado, patinó en un lugar mojado, cayó y chocó contra la viga de sujeción de una bionda de la mediana, cuyo carácter cortante produjo la amputación de su pierna por encima de la rodilla. Solicita 440.588,73 euros de indemnización, denegada en primera instancia por la Audiencia Nacional, para la que el daño fue únicamente imputable a la culpa de la víctima.

El Tribunal Supremo estima parcialmente la reclamación con una argumentación meticulosa, concisa y clara. Existe, en primer lugar, *relación de causalidad*, puesto que, aunque la causa del accidente fue la velocidad inadecuada —y no las características de la autovía—, «la concreta y específica lesión padecida no se habría producido si la valla de la mediana hubiera sido de un tipo distinto. La caída y el impacto con una valla de otro tipo le habrían podido ocasionar seguramente otras lesiones, tales como traumatismos diversos, quizá incluso más graves que el corte de la pierna izquierda. Pero es innegable que esto último no habría podido ocurrir con una valla de otro tipo» (FJ 4.º). La apreciación es correcta, y pone de relieve que este tipo de casos constituyen supuestos de responsabilidad por acción, y no ya por inactividad administrativa, como tal vez podría pensarse.

A continuación se afirma en los siguientes términos la existencia de *antijuridicidad* del daño y hasta de posible *anormalidad* por la colocación de tales tipos de biondas, cuya sustitución ya estaba prevista cuando se produjo el accidente: «de las actuaciones remitidas a esta Sala se desprende que, en el momento del accidente, la Administración había decidido ya la sustitución de las biondas por otro tipo de vallas, precisamente para evitar las consecuencias del carácter cortante de aquéllas; pero el plan de sustitución de biondas preveía la retirada de las existentes en el lugar del accidente para una fecha posterior. Esto significa que la existencia de una bionda en aquel momento y en aquel lugar era ajustada a la normativa técnica vigente. Este último dato requiere preguntarse si el recurrente tenía o no un deber jurídico de soportar el daño. La respuesta ha de ser negativa. De entrada, como es bien sabido, resulta indiferente que el funcionamiento del servicio público haya sido normal o anormal, pues en ambos supuestos pesa sobre la Administración el deber de indemnizar los daños por ella ocasionados. Así, incluso admitiendo que el escalonamiento en el tiempo de la sustitución de biondas se reputase ajustado a derecho —es decir, correcto funcionamiento del servicio público—, ello no excluiría la responsabilidad patrimonial de la Administración por una lesión ocasionada por la existencia de una bionda. A ello hay que añadir, además, que la decisión misma de proceder a la sustitución progresiva de las biondas por otro tipo de vallas pone de manifiesto que, en el momento del accidente, la Administración era ya consciente de que dichas biondas constituían un elemento de riesgo, especialmente para los motoristas. Dado que este elemento de riesgo provenía de la Administración, a la que compete determinar las características técnicas de las vallas de la autovía, ni siquiera puede afirmarse con rotundidad que el funcionamiento del servicio público fuese enteramente correcto. No existe en el presente caso, en suma, un deber jurídico de soportar el daño que permita excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración» (FJ 5.º).

Pero la Administración no debe cargar con toda la indemnización, sino que esta debe ser modulada en atención al grado de *culpa de la víctima*, que circulaba a una velocidad excesiva. El tribunal se aparta aquí de la alegación subsidiaria del abogado del Estado y obliga a la Administración a indemnizar el 50% del perjuicio padecido: «El Abogado del Estado dijo en su momento que,

de estimarse concurrencia de culpas, la cuantía de la indemnización debería fijarse en el 25% de la valoración íntegra del daño; pero lo cierto es que no hay razones de peso para calificar más negativamente el comportamiento del recurrente —consta que la velocidad era inadecuada, no que fuera temeraria— que el riesgo asumido por la Administración al mantener las biondas. De aquí que la culpa deba repartirse por mitades» (FJ 5.º).

En el momento de *cuantificar el daño* sufrido, el tribunal reputa excesiva la suma pedida por el recurrente: «Según el criterio usualmente seguido por esta Sala, la pérdida de una pierna por una persona relativamente joven como el recurrente debe valorarse en torno a los 240.000 euros, por lo que la reducción de esa cifra a la mitad conduce a fijar la cuantía de la indemnización en 120.000 euros actualizados a la fecha de la presente sentencia» (FJ 5.º).

Por último, el Tribunal Supremo niega con toda corrección que deba ser el *contratista* encargado del mantenimiento de la autovía quien asuma la indemnización, puesto que, «[a]unque [fuera este quien tuviera] a su cargo la conservación de la autovía en el lugar donde se produjo el accidente, debía acomodarse a la normativa técnica establecida por la Administración [, lo que] significa que la presencia o ausencia de las biondas quedaba fuera de su esfera de decisión» (FJ 5.º). El deber resarcitorio pesa así exclusivamente sobre la Administración General del Estado, titular de la autovía.

La solución parcialmente estimatoria a que llega la sentencia parece acertada, y la clara y bien estructurada argumentación es en líneas generales convincente. Sin embargo, tal vez habría sido deseable una mayor contundencia en la afirmación de la anormalidad de la actuación administrativa. El tribunal no considera necesario incidir en ello al partir, como en muchas otras sentencias, de la indiferencia entre la normalidad y la anormalidad del funcionamiento del servicio público: aunque la decisión de colocar y mantener tal tipo de biondas se considere normal, la Administración debe indemnizar igualmente. Pero todo apunta a que en el presente caso —como en aquellas otras sentencias— dicha indiferencia es sólo aparente, y que la estimación de la responsabilidad se basa en realidad en la existencia de funcionamiento anormal, de culpa objetivada de la Administración.

En efecto, no parece que la decisión de colocar unas vallas protectoras cortantes constituya un estándar de diligencia administrativa admisible. Sobre todo después de que la experiencia de los años haya evidenciado que causan muchas amputaciones innecesarias entre los miles de motoristas (y demás participantes del tráfico rodado) de nuestro país. Es obvio que tiene que haber vallas protectoras en las carreteras más concurridas (constituyen una medida de seguridad vial de primer orden, al evitar choques frontales y salidas de la carretera), y posiblemente no cabe exigir que estén revestidas de elementos blandos que amortigüen el golpe (el enorme coste de esta medida seguramente no justificaría los daños que con ella se mitigarían), pero parece claro que no han de presentar elementos cortantes; el ligero sobrecoste que pueda representar fabricar tales vallas con vigas de sujeción redondeadas, no cortantes, se justifica plenamente por los graves daños que con ello se evitarán. No por casualidad los elementos rígidos adyacentes a las vías públicas

—farolas, semáforos, señales, etc.— presentan formas redondeadas en aquella parte de su estructura situada al nivel del tráfico. Y no por casualidad se ha iniciado ya la sustitución de tales vallas en los tramos más peligrosos, como recuerda la sentencia. La decisión de emplear vallas cortantes supone, así, un riesgo innecesario, no justificado por razones económicas ni de otro tipo (como las paisajísticas; seguramente con buen criterio, en algunas carreteras secundarias se están colocando vallas de madera menos voluminosas para preservar la belleza del paisaje; sus formas son, en todo caso, redondeadas), siendo constitutiva de funcionamiento anormal de la Administración. La apelación al criterio del riesgo, del riesgo especial, empleado habitualmente para declarar la responsabilidad en supuestos de ausencia de culpa, no es pues ni necesaria ni pertinente en el caso que nos ocupa. No surge la responsabilidad por la creación de un riesgo especial justificado (como el de conducir un vehículo a motor o emplear el arma reglamentaria), sino por un riesgo inadmisibles, negligente. La propia sentencia «califica negativamente» dicho riesgo al equipararlo al exceso de velocidad de la víctima.

Paradójicamente, la argumentación del tribunal quizá haya venido condicionada en parte por la propia decisión de la Administración de sustituir tales vallas. Por un lado, dicha decisión le sirve al tribunal para confirmar el rechazo que las vallas cortantes suscitaban ya en 1999 (evitándose el riesgo de aplicar retroactivamente —si se permite la expresión— la sensibilidad social actual al momento en que se produjo el accidente); incluso alguien podría calificar esta decisión de retirada de las vallas como una suerte de reconocimiento de culpa por parte de la misma Administración. Pero, por otro, el hecho de que dicha sustitución hubiera sido programada por la Administración, y que no correspondiera todavía el reemplazo de la valla en el tramo donde se produjo el accidente, le dificultan la afirmación de la anomalía: ¿puede haber anomalía si la propia Administración ya ha ponderado el riesgo de que las vallas existentes causen daños y ha decidido sustituir las de forma progresiva y no inminente; si, por tanto, la existencia de la valla en cuestión se ajusta indudablemente al estándar de seguridad vial determinado por la Administración? Lo que pone de relieve otro aspecto de gran interés suscitado por la sentencia: ¿puede un tribunal corregir la ponderación ya efectuada por la Administración?, ¿quién debe fijar los estándares de diligencia administrativa y disponer el destino de los recursos públicos, cuando no lo haya hecho el legislador: la Administración o los tribunales? Los principios democrático, de igualdad, de seguridad jurídica y de eficiencia parecen aconsejar que sea la Administración la que ostente el protagonismo en dicha tarea de fijación de estándares. Pero los jueces han de poder corregirlos cuando resulten manifiestamente insuficientes o hayan quedado claramente obsoletos. Ese parece ser el caso de las vallas cortantes aquí consideradas.

Con independencia del fundamento que reciba, el fallo de la presente sentencia incidirá en los asuntos similares pendientes de resolución e intensificará poderosamente a las distintas Administraciones a intensificar el

proceso de sustitución de las vallas cortantes existentes en las carreteras españolas. Porque, aunque desde un punto de vista económico pudiera llegar a valer más la pena abonar las indemnizaciones por los daños que las vallas puedan producir que sustituirlas por otras nuevas (la fórmula de Hand manejada por el análisis económico del Derecho llegaría en tales casos a negar la propia existencia de imprudencia), no hay duda de que tal estrategia resultaría social y políticamente insostenible tras una sentencia como la aquí reseñada (OM y TF).

II. MOTIVACIÓN INSUFICIENTE DE LA DENEGACIÓN DE INGRESO EN EL CUERPO DE AYUDANTES DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS DE UN CANDIDATO INFECTADO POR EL VIH

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2009 (Sección 7.^a, recurso de casación núm. 6810/2004) aborda la delicada cuestión de si la Administración penitenciaria puede denegar a los candidatos infectados por el VIH el ingreso en el cuerpo de ayudantes de instituciones penitenciarias. También resulta de interés desde el punto de vista de la motivación administrativa y de los efectos anulatorios de una motivación insuficiente.

El recurrente, infectado por el VIH, no fue incluido en la resolución que hizo público el listado de aprobados definitivos de una oposición para el ingreso en dicho cuerpo, al haber sido declarado no apto en la prueba de aptitud médica que constituía el tercer ejercicio de la referida oposición. A juicio de la Administración, el padecimiento de tal infección resulta encuadrable dentro de las enfermedades transmisibles que limitan o dificultan el desempeño de las tareas propias del cuerpo de ayudantes de instituciones penitenciarias; tales enfermedades formaban parte del cuadro de exclusiones médicas incluidas en el Anexo V de la orden del Ministerio del Interior por el que habían sido convocadas las pruebas selectivas. La cuestión, como es lógico, radica en si la infección por VIH constituye efectivamente una enfermedad transmisible, que limite o dificulte realmente el desempeño de las funciones asignadas al personal de los centros penitenciarios.

La sentencia de la Audiencia Nacional objeto del presente recurso de casación consideró que la Administración no había *motivado* suficientemente que ello fuera así en el caso concreto; ni se razonó que existiera riesgo de transmisión en atención a las funciones llamadas a desempeñar por los candidatos seleccionados —aunque la Audiencia Nacional no excluyó que las funciones propias de los ayudantes de instituciones penitenciarias, al estar en estrecho contacto físico con los internos, pudieran generar algún tipo de riesgo de transmisión—, ni se motivó debidamente por qué y hasta qué punto, no la infección de VIH en general, sino en concreto, la padecida por el recurrente, le limitaba o dificultaba para el desempeño de las tareas propias del cuerpo al que aspiraba. La Audiencia Nacional se apoyó para ello en un informe de la Secretaría del Plan Nacional sobre el SIDA del Ministerio de Sanidad y Consumo que señalaba que la infección por VIH «no representa en

sí misma ningún problema como enfermedad transmisible mediante la convivencia del sujeto con otras personas, tanto en el medio familiar, laboral o social», y que su impacto físico y mental sobre los enfermos, normalmente transitorio y limitado —con los tratamientos actualmente existentes—, varía mucho de un sujeto a otro. Dicha sentencia, sin embargo, estimó sólo parcialmente el recurso del candidato afectado, al considerar que éste tampoco acreditó suficientemente que la enfermedad por él padecida no constituyera obstáculo alguno para el ingreso en el citado cuerpo funcionarial. En el fallo, la Audiencia Nacional se limitó a anular la resolución impugnada y a ordenar a la Administración que dictara nueva resolución debidamente motivada, sin llegar a declarar el derecho del recurrente al ingreso.

Impugnada en casación dicha sentencia por el candidato, es confirmada en todos sus extremos por la sentencia del Tribunal Supremo aquí reseñada. El Tribunal comienza señalando que la valoración del carácter invalidante de la dolencia «debe esta presidida por el criterio principal que significa garantizar al interno de cualquier establecimiento penitenciario, con la mayor amplitud posible, el reconocimiento del derecho de protección a la salud que proclama el artículo 43.1 de la Constitución, reconocimiento que impone a los poderes públicos la ineludible obligación de evitar cualquier medida o forma de organización administrativa que, aunque lo sea en grado mínimo, pueda significar un riesgo para la salud de esos internos» (FJ 3.º). Ello obliga a la Administración a actuar con el debido rigor en la aplicación del cuadro de exclusiones médicas que rige el proceso selectivo cuestionado, pero no le exime del deber de motivación: al tratarse de un acto limitativo, el recurrente tiene derecho a que su exclusión esté debidamente motivada de conformidad con lo establecido en el artículo 54.1.a) de la Ley 30/1992. Según el Tribunal, para que la motivación resulte suficiente, la Administración demandada, tras recabar, eventualmente, los informes técnicos que juzgue necesarios, deberá hacer referencia al alcance de la infección del recurrente en cuanto a su transmisibilidad y contagio y describir los cometidos profesionales que son propios de los funcionarios pertenecientes al cuerpo de ayudantes de instituciones penitenciarias, con especial expresión de aquellas actividades que puedan traducirse en un contacto físico con el interno y signifiquen por ello un riesgo de transmisión de la infección del VIH.

El Tribunal, sin embargo, al igual que la Audiencia Nacional, considera que no cabe descartar de antemano que los cometidos específicos de los funcionarios de prisiones incrementen el riesgo de transmisión a los internos de la enfermedad del SIDA: «Esa posibilidad [de mayor riesgo de contagio] apreciada [por la sala de instancia] tiene un fundamento de razonabilidad que descarta la arbitrariedad, pues tanto la necesidad de reducir a algún interno mediante el contacto físico, como la posibilidad de que en esa operación se produzcan erosiones físicas o heridas, no puede valorarse como una hipótesis improbable o absurda» (FJ 3.º). El informe médico aportado por el recurrente y el referido informe de la Secretaría del Plan Nacional sobre el SIDA «permiten formar una convicción sobre las posibilidades laborales que en términos generales corresponden a quienes sufren la infección por VIH/SIDA,

pero no justifican una conclusión sobre si esa inicial aptitud laboral resulta inequívocamente compatible con los específicos cometidos profesionales que tienen asignados los funcionarios del Cuerpo de Ayudantes Instituciones Penitenciarias y, muy especialmente, con las singulares circunstancias de los establecimientos donde tienen que desarrollar aquellos cometidos» (FJ 4.º). Tales informes, además, tienen el carácter de prueba pericial y no de prueba documental, por lo que sus conclusiones no vinculaban a la Audiencia Nacional. Por último, la singularidad de las tareas de los funcionarios de prisiones «impide que pueda ser valorada como una injustificada discriminación [contraria al artículo 14 de la Constitución] el distinto criterio que respecto de ellos pueda establecerse en cuanto a la específica aptitud profesional que les resulta exigible» (FJ 4.º).

Tales consideraciones llevan al Tribunal Supremo a desestimar el recurso interpuesto por el candidato, que pretendía que se declarara su derecho al ingreso en el referido cuerpo. Aunque le exime de pagar las costas, al entender que su pretensión ofrecía un «planteamiento razonable».

La sentencia es objeto de un voto particular del magistrado Díaz Delgado, para quien la retroacción de actuaciones confirmada por la sentencia sólo debería producirse, como regla general, a instancia de parte. A su juicio, la retroacción acordada en este caso vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en un plazo razonable del recurrente. Debería haberse anulado la sentencia de instancia por incongruencia *extra petita* y dictado otra en su lugar sobre el fondo del recurso, estimándolo por falta de la debida motivación. «Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que una vez ingresado el recurrente en el cuerpo de funcionarios de prisiones, si la enfermedad es incompatible con el ejercicio de su cargo la Administración pudiera declarar su incapacidad, si ello procediere» (motivo segundo del voto particular).

Ambas sentencias dejan, ciertamente, un sabor agri dulce. Por un lado, resulta encomiable la importancia concedida a la motivación administrativa y la exigencia de que esta se adapte escrupulosamente a las circunstancias del caso concreto —aquí, al concreto estado de salud del recurrente y a las funciones que ejercería en el seno de la Administración penitenciaria—. Pero, por otro, parece que la Audiencia Nacional podía haber hecho algo más con tal de entrar en el fondo del asunto y estimar o desestimar la pretensión del recurrente, que nunca se conformó con una retroacción de actuaciones que demorará la resolución del litigio. De haber recabado nuevos informes médicos y haber tomado una decisión sobre la aptitud física del recurrente para el desempeño de las funciones, no parece que la Audiencia Nacional hubiera sustituido indebidamente a la Administración en la toma de una decisión que no es discrecional y que tampoco parece presentar la discrecionalidad técnica tradicionalmente reconocida a las comisiones de selección en la valoración y comparación de los méritos y capacidades de los candidatos. Sin olvidar que nada habría impedido que el órgano jurisdiccional hubiera anulado el acto administrativo por falta de motivación y, al mismo tiempo, hubiera entrado en el fondo del asunto, tal como señala la doctrina que ha estudiado y

revalorizado el procedimiento administrativo en los últimos años, contraria a la teoría tradicional de los vicios de orden público.

Aunque tal vez la decisión de retrotraer se vea condicionada por la voluntad de no querer asumir como propia una decisión controvertida —la de que los enfermos de SIDA no puedan acceder a determinados puestos de la Administración— que se comparte —la STS da numerosas pistas en este sentido—, pero que prefiere atribuirse a la Administración (OM y TF).

III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR EN LAS CONFRONTACIONES POLÍTICAS: ACUSACIONES DE CORRUPCIÓN URBANÍSTICA. SALA DE LO CIVIL

Los hechos objeto de la sentencia son los siguientes. El concejal de Urbanismo y gerente de la Empresa Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Jaén, que era, al mismo tiempo, administrador único de varias entidades mercantiles, adquirió diversos inmuebles en ese mismo municipio y poco después los transmitió, obteniendo de esta manera notables beneficios económicos. El portavoz del grupo municipal del partido de la oposición criticó públicamente estas operaciones urbanísticas realizadas por el concejal. En concreto, realizó una serie de afirmaciones aparecidas en la prensa y en la televisión locales en las que tilda la cuestión «de pelotazo en 46 días, y han metido las manos en el cajón y se han pillado los dedos». Además, a consecuencia de estas actuaciones inmobiliarias, se incoaron diligencias penales, con acusación por parte del Ministerio Fiscal, resultando absuelto en el juicio oral celebrado por el procedimiento del jurado, por mayoría de cinco votos a cuatro.

Tras conseguir la absolución en el proceso penal, el concejal de urbanismo interpone contra el portavoz de la oposición una demanda sobre protección civil del derecho al honor, fundada en el artículo 18.1 de la Constitución y en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El demandante considera, en efecto, que las manifestaciones realizadas a los medios de comunicación constituyen una intromisión ilegítima en su honor y son la causa de graves daños morales que deben ser indemnizados. Solicita, además de la indemnización, que se condene al demandado a insertar la parte dispositiva de la sentencia en los medios de comunicación. Su pretensión, no obstante, es desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jaén, en su sentencia de 24 de noviembre de 2004, como por la Audiencia Provincial de Jaén, en la sentencia dictada en apelación el 14 de febrero de 2005. Contra esta última, el concejal de urbanismo interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, argumentando que las declaraciones vertidas son difamatorias y vejatorias, sin que la tramitación de un procedimiento penal pueda servir para aminorar u otorgar vestigios de verosimilitud a dichas opiniones, máxime si finalmente son desestimadas por el juez penal.

Resolviendo el recurso de casación interpuesto, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, en su sentencia de 10 de noviembre de 2009, lo

desestima y confirma lo declarado en la sentencia recurrida. Destacamos, por su interés, los siguientes razonamientos del Tribunal.

Sostiene el Tribunal Supremo, de entrada, que estas acusaciones acerca de la existencia de irregularidades urbanísticas deben enmarcarse en una confrontación política, dado que se traban entre personajes políticos, dato éste que impide apreciar una intromisión ilegítima en el honor: «la actuación de un personaje político —como es el actor y el demandado— en orden a una actuación en materia urbanística que se considera irregular, debe encuadrarse en una confrontación política, en la que no puede apreciarse la producción de una intromisión ilegítima en el honor, pues estimar en tales casos sería tanto como amordazar la polémica política e impedir el alertar o denunciar lo que un partido estima abusivo o irregular en la actuación o gestión del otro» (doctrina ya establecida en las previas sentencias, de estos mismos Tribunal y Sala, de 8 de julio de 2008 y de 9 de julio de 2008).

Completa su argumentación el Tribunal Supremo recordando que la crítica política, aunque pueda resultar molesta, es un presupuesto de toda sociedad democrática: «la libertad de expresión (...) no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (como así se ha reiterado en las precedentes sentencias, también de estos mismos Tribunal y Sala, de 31 de enero de 2008 y de 25 de febrero de 2008).

Expuestos los razonamientos, la sentencia concluye que, en el supuesto enjuiciado, no es que el derecho al honor deba ceder ante la libertad de expresión, sino que no hay ataque alguno al honor: «Por tanto, no es que se produzca una vulneración del derecho al honor y que éste cede ante la libertad de expresión sino que se han denunciado unas actuaciones con apariencia irregular al amparo de la libertad de expresión en el seno de una confrontación política de ámbito urbanístico».

Termina la sentencia, finalmente, rechazando la alegación del demandante acerca de la falta de veracidad de las manifestaciones realizadas por el representante de la oposición, como habría quedado demostrado —en su parecer— con la sentencia penal absolutoria que obtuvo el concejal de urbanismo. En este extremo, efectivamente, afirma el Tribunal Supremo lo siguiente: «Se alega una falta de veracidad, pero no es así, ya que los hechos narrados en su día fueron objeto de acusación pública y de juicio, por mas que posteriormente a la actuación del demandado, se dictara una sentencia absolutoria, siendo además, un asunto de interés general al poseer trascendencia pública tanto en relación con las personas involucradas con proyección pública, como por la materia, que impide que las expresiones o manifestaciones proferidas se puedan considerar como descalificantes a la vista de la doctrina jurisprudencial y constitucional en asuntos de interés general o de relevancia pública» (AG).

IV. PUBLICACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. NATURALEZA DEL ACTO DE PUBLICACIÓN Y MOMENTO EN EL QUE ES POSIBLE LLEVARLO A CABO

La publicación de las sanciones administrativas ha suscitado diversos problemas de orden jurídico. Por un lado suele cuestionarse si el hecho de publicar una sanción constituye una nueva sanción, lo que podría vulnerar la prohibición del *bis in idem*. Por otro lado, si se admite la publicación, se discute en qué momento debe llevarse a cabo, al dictarse el acto definitivo, al convertirse el acto sancionador en firme en vía administrativa o al haber alcanzado el mismo la firmeza en vía judicial.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009, Rec. 507/2008, aborda el primero de los temas apuntados. La sentencia se dicta con ocasión del recurso casacional interpuesto por el Abogado del Estado frente a una sentencia de la Audiencia Nacional en la que, estimando parcialmente el recurso, se anuló la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la que se publicó una sanción en el *BOE*. La razón en la que basa su sentencia la Audiencia Nacional consiste en entender que se había llevado a cabo una aplicación retroactiva de la modificación del artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores, modificación introducida por la Ley 44/2002 según la cual se debían publicar las sanciones graves impuestas por la CNMV una vez fueran firmes en vía administrativa.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para unificación de doctrina y acuerda que la publicación de la sanción en aplicación de la Ley 44/2002 fue conforme a derecho. Para ello afirma que no existió una aplicación retroactiva de la norma legal aprobada en el año 2002 por el hecho de publicarse una sanción impuesta por hechos realizados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley.

Lo relevante de la sentencia que comentamos es que para negar la existencia de una aplicación retroactiva de la norma legal contraria al mandato constitucional del artículo 9.3 de la Constitución, esto es, prohibición de retroactividad de las normas sancionadoras, el Tribunal afirma que la publicación de la sanción no puede calificarse de acto sancionador. A partir de aquí, ya que la publicación es algo diferente, no entra en juego el límite de la eficacia temporal que se impone a los actos sancionadores.

Para el Tribunal la Ley 44/2002, al regular la publicación de las sanciones, lo que pretende es reforzar el general conocimiento de los operadores económicos y de los inversores de aquellas prácticas o conductas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de valores e impedir el flujo de informaciones privilegiadas con el fin de proteger al inversor, garantizando a su vez que la CNMV pueda desarrollar eficazmente la función legalmente atribuida de informar de aquellos hechos que puedan contribuir a distorsionar el adecuado funcionamiento del mercado bursátil.

En consecuencia, el Tribunal Supremo casa la sentencia impugnada y mantiene la doctrina de la sentencia de contraste (sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2007, Rec. 685/2005) afirmando que el acto

de publicación de las sanciones no constituye un acto sancionador por lo que dicha publicación puede regirse por una norma dictada con posterioridad a la comisión de la infracción de la que trae causa la sanción que se publica (JT).