

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. SANCIONES ADMINISTRATIVAS: NO CABE LA PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN EN VÍA DE RECURSO ADMINISTRATIVO

El régimen jurídico del silencio administrativo, técnica revalorizada recientemente por la Directiva de servicios, sigue suscitando dudas de gran calado en el ordenamiento jurídico español. La más relevante es seguramente la relativa al plazo de impugnación en vía administrativa y contencioso-administrativa cuando el silencio es negativo. Pero no es la única. Las discrepancias jurisprudenciales se extienden también —entre otras— a la cuestión de si el transcurso del plazo de resolución del recurso administrativo interpuesto contra una sanción administrativa comporta la ejecutividad de ésta y supone el inicio del cómputo del plazo de prescripción de dicha sanción.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 22 de septiembre de 2005 (Sección 3.^a, recurso núm. 736/2001), respondió afirmativamente a dicha cuestión, anulando una sanción por considerarla prescrita. En el caso de autos, la Administración de la Generalidad de Cataluña había impuesto una multa a una empresa por unos vertidos ilegales efectuados en un río. La empresa interpuso recurso de alzada, que fue desestimado de forma expresa un año y medio después. En el recurso contencioso-administrativo entablado contra esta desestimación expresa, el TSJ anuló dicha sanción al considerar que se inició el cómputo del plazo de prescripción de la sanción (de un año, al tratarse de una infracción leve) en el momento en que transcurrieron tres meses desde la interposición del recurso; desde el momento, en definitiva, en que se produjo la desestimación por silencio negativo del recurso y —a juicio del Tribunal— la sanción impuesta devino ejecutiva. Como entre dicho momento y la fecha de resolución expresa del recurso pasó más de un año, el Tribunal consideró que la sanción había prescrito.

No cabiendo ulterior recurso ordinario contra dicha sentencia, y considerándola gravemente dañosa para el interés general, la Administración

autonómica, contando con el respaldo de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, interpuso recurso de casación en interés de ley. El Tribunal Supremo lo ha estimado plenamente mediante su sentencia de 22 de septiembre de 2008 (Sección 5.ª, recurso núm. 69/2005), que se aparta así del criterio del TSJ y fija en su fallo la siguiente doctrina legal: «interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción».

A juicio del Tribunal Supremo, tras la reforma del silencio negativo operada por la Ley 4/1999, la desestimación por el transcurso del plazo máximo de resolución del recurso de alzada tiene los solos efectos de habilitar al interesado para la interposición del recurso contencioso-administrativo. La Administración sigue obligada a resolver de forma expresa el recurso de alzada, sin quedar vinculada por el sentido del silencio. Mientras dicha resolución expresa no se produzca, la sanción carece de ejecutividad y no cabe apreciar su prescripción (FJ 4.º).

Esta interpretación es coherente con la más reducida función que el Derecho vigente otorga ahora al silencio negativo y con la garantía de la ejecutividad diferida propia de las sanciones administrativas. Paradójicamente, sin embargo, permite la pervivencia indefinida de las sanciones administrativas mientras la Administración no resuelva expresamente los recursos interpuestos contra ellas. Ello, sobre todo, si se pone en conexión tal interpretación con la efectuada por el propio Tribunal Supremo en sentencias, como la de 15 de diciembre de 2004 (de la misma Sección, también en un recurso de casación en interés de ley: núm. 97/2002), en las que ha afirmado que tampoco cabe apreciar la prescripción *de la infracción* cuando la Administración tarde en resolver de forma expresa el recurso interpuesto contra la sanción. El Tribunal Supremo es consciente de este efecto y afirma que no cabe descartar que, para evitarlo, en una futura resolución revise la doctrina fijada en esta sentencia de 2004 y admita —como reclamaron entonces dos magistrados en un contundente voto particular, sobre la base de la analogía con algunos precedentes existentes en materia penal— la posibilidad de apreciar la prescripción de la infracción cuando la Administración demore la resolución del recurso de alzada (FJ 5.º). Todo un aviso para navegantes, tan o más importante que la doctrina legal sobre la prescripción de la sanción fijada en la sentencia comentada (OM).

II. CONSULTA POPULAR MUNICIPAL RELATIVA A LA APROBACIÓN INICIAL DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA. INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO LEGAL DE QUE TENGA COMO OBJETO ASUNTOS DE LA «COMPETENCIA PROPIA» DEL MUNICIPIO

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de septiembre de 2006 denegó al Ayuntamiento de Almuñécar (Granada) la preceptiva autorización para la

celebración de una consulta popular municipal relativa a la aprobación inicial del Plan General de Ordenación Urbanística de ese municipio. Interpuesto el oportuno recurso contencioso-administrativo (474/2006) por el indicado Ayuntamiento, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de septiembre de 2008, lo estima, declarando la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros y reconociendo la pretensión de convocatoria y celebración de la referida consulta popular.

Antes de entrar a examinar la posición de las partes y los razonamientos en los que se fundamenta la sentencia, conviene recordar que nuestro ordenamiento jurídico admite la realización de consultas populares locales, pero bajo la condición del cumplimiento de un conjunto de requisitos, algunos procedimentales y otros de naturaleza material. Estos requisitos vienen ya recogidos en la legislación básica estatal, en concreto en el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local:

«De conformidad con la legislación del Estado y de la comunidad autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la hacienda local».

Haciendo uso de su competencia en esta materia, el Parlamento andaluz aprobó la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de Regulación de las Consultas Populares Locales en Andalucía. En concreto, su artículo 2 establece lo siguiente:

«1. La consulta popular local es el instrumento de conocimiento de la opinión de los vecinos sobre asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para sus intereses, sin que su resultado vincule a la entidad local convocante.

2. En ningún caso podrán someterse a consulta popular local asuntos cuando alguna de las opciones a escoger resulte contraria al ordenamiento jurídico. Asimismo, la consulta popular local no podrá menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos del municipio.

3. Quedan excluidas de la consulta popular local las materias propias de la hacienda local».

Esbozado el régimen jurídico aplicable a las consultas populares locales en Andalucía, la posición de las partes del conflicto puede resumirse del modo siguiente.

El Consejo de Ministros basa su decisión de no conceder la autorización en el hecho de que, a su juicio, no concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 71 de la Ley básica estatal citada. En concreto, entiende que no se cumple el requisito de que la consulta popular tenga como objeto asuntos «de la competencia propia municipal»: la competencia para la formulación y aprobación del Plan General de Ordenación Urbanística corresponde a los municipios y a la Comunidad Autónoma. Dicho de otra manera, no es una «competencia propia» del Ayuntamiento de Almuñécar porque en el ejercicio de la competencia concurre con la Junta de Andalucía.

El Ayuntamiento de Almuñécar, por su parte, responde que la consulta popular limita su objeto a la «aprobación inicial» del Plan General de Ordenación Urbanística, asunto que es sólo de la competencia municipal. La denegación de la autorización por el Consejo de Ministros, en consecuencia, supone una vulneración de principios de rango constitucional. De entrada, el principio de autonomía municipal: siendo la aprobación inicial del Plan una competencia propia municipal, el Ayuntamiento está legitimado para tomar la decisión, bajo su propia responsabilidad, de convocar una consulta popular. Se infringe, además, el principio de legalidad: en la medida en que se cumplen todos los requisitos establecidos por la ley (la básica estatal y la autonómica andaluza), el acuerdo denegatorio de la autorización contraviene el mandato del legislador. Y, por último, se lesiona el propio principio democrático: este principio favorece la participación de los vecinos en los asuntos que atañen a la colectividad local, participación que se ve injustificadamente obstaculizada por la decisión del Consejo de Ministros.

El Tribunal Supremo da la razón a la parte demandante: declara la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros y reconoce la pretensión municipal de convocatoria y celebración de la consulta popular. Antes de llegar a esta conclusión, no obstante, la sentencia recuerda con detalle su propia jurisprudencia y la del Tribunal Constitucional en relación con los principales aspectos de las consultas populares locales: el régimen jurídico aplicable, la diferente naturaleza de estas consultas y de los referéndums del artículo 92 de la Constitución, la configuración como acto de control de la decisión autorizatoria del Consejo de Ministros y, por último, los requisitos legalmente exigidos para la celebración de consultas populares locales y que constituyen el objeto del control gubernativo.

Ahora bien, el litigio se circunscribe únicamente a la siguiente cuestión: dilucidar si, en el caso enjuiciado, se cumple o no el requisito de que el asunto sometido a la consulta popular local sea «de la competencia propia municipal». Nadie discute, por el contrario, que sea de especial relevancia para los intereses de los vecinos.

Sostiene el Tribunal Supremo que no es correcto identificar los asuntos «de la competencia propia» del municipio con los asuntos «de la competencia exclusiva» del municipio. Este requisito legal limita la posibilidad de realizar consultas populares a las competencias que son propias del municipio, con exclusión de aquellas que tiene por delegación de otras Administraciones. Ahora bien, ese requisito no exige que se trate de una competencia

cuyo ejercicio corresponda en exclusiva al municipio. En otras palabras, no excluye las consultas populares locales cuando exista una concurrencia competencial —municipal y autonómica— en determinadas materias. Claro en este sentido resulta el Fundamento Jurídico 3.º de la sentencia:

«Desde los parámetros jurídicos expuestos procede declarar la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de septiembre de 2006, al fundarse en una interpretación *contra legem* del artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, puesto que estimamos que identifica indebidamente el concepto de “asuntos de la competencia propia municipal” a que alude dicha disposición legal con “asuntos de la competencia exclusiva del municipio”, sin atender que el artículo 25.2.d) de la mencionada Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local establece que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en la materia de ordenación urbanística y que la Ley del Parlamento de Andalucía 7/2002, de 27 de diciembre, tras definir el Plan General de Ordenación Urbanística como el instrumento de planeamiento que tiene como objeto “la ordenación urbanística en la totalidad del término municipal” y organizar “la gestión de su ejecución”, dispone en su artículo 3 que corresponde a los municipios la formulación de proyectos de instrumentos de planeamiento de ámbito municipal, incluyendo la aprobación inicial, como Administración responsable de la tramitación de dicho Plan General, y la aprobación definitiva de las innovaciones de los Planes Generales de Ordenación Urbanística que no afecten a la ordenación estructural de éstos» (AG).

III. EL DEBER DE MOTIVACIÓN. PLUS DE EXIGENCIA EN ATENCIÓN A CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS DE LA MATERIA Y SUBJETIVAS DEL INTERESADO. ASIGNACIÓN DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO

Cada vez son más frecuentes las sentencias que profundizan en el régimen de la motivación de las resoluciones administrativas, dando respuesta, así, a la creciente alegación por parte de los recurrentes de vicios o defectos relacionados con la misma. De este modo se va completando el conjunto de instrumentos que permiten el aseguramiento de una actuación administrativa fundada y respetuosa con los principios de racionalidad y de razonabilidad.

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2008 (Sala 3.ª, Sección 5.ª, recurso 86/2005) contiene un amplio tratamiento de varias de las cuestiones que se suscitan en torno a la motivación, como son los requi-

sitos exigibles en cada caso a la motivación, los diversos efectos de su ausencia o insuficiencia, la influencia del Derecho comunitario según la materia, etc. Los hechos sucintos son los siguientes: la empresa Endesa Generación, S.A., interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo Ministros, de 21 de enero de 2005, por el que se aprobó la asignación individual de derechos de emisión a las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 5/2004, de 27 de agosto, por el que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. El Tribunal Supremo estima el recurso y anula el Acuerdo impugnado en relación con la empresa recurrente, por falta de motivación. En efecto, la empresa recurrente había fundado su recurso, entre otros motivos, en la falta de motivación, al no justificarse ni explicarse cuál había sido la metodología utilizada para la asignación de los derechos de emisión, sosteniéndose que la asignación individual para el trienio 2005-2007 había sido realizada por la Administración a través de una estimación de la oferta y demanda de electricidad en aquel período, sin especificar el cálculo de dicha previsión.

En primer lugar, la sentencia recoge la doctrina sobre la motivación de los actos administrativos en los términos siguientes: «La motivación de los actos administrativos precisa, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de este Tribunal Supremo (...) de una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada —la asignación de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero— asequible al destinatario de los mismos, poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa adoptada. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el destinatario del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y éstos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, ex artículo 106.1 CE». Como ya es sabido, se sitúa, pues, el planteamiento en el ámbito objetivo de la efectividad del control jurisdiccional, que tiene, además, su presupuesto subjetivo en la plenitud del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos (art. 24 CE).

A continuación, el Tribunal distingue los diversos efectos que, según la finalidad perseguida con la exigencia de motivación, cabe anudar a la ausencia de la misma. «El cumplimiento de esta elemental exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, previsto en el artículo 54.1.a) de la Ley 30/1992, se salvaguarda atribuyendo, en caso de incumplimiento, la severa consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo inmotivado, prevista en el artículo 63.2 de la citada Ley. Ahora bien, esta ausencia de motivación puede ser un vicio invalidante, como hemos señalado, o bien una mera irregularidad en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha

cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, evaluando si se le ha situado, o no, en una zona de indefensión, por limitación de su derecho de defensa». Aquí se concreta, pues, la relación con el derecho fundamental del artículo 24 CE.

En el análisis del caso concreto sometido a juicio, el Tribunal Supremo advierte que «el contenido del expresado Acuerdo pone de manifiesto una falta de motivación de dicho acto administrativo, pues en el Anejo del mismo no se cita a los que han formulado observaciones, no se da respuesta concreta, aunque fuera de forma sucinta, a cada uno individualmente o por bloques determinados y concretos, ni, en fin, se alude a las específicas operaciones que han concluido en la cantidad asignada para el periodo en cuestión. Falta de motivación que no puede entenderse suplida o corregida por el contenido del expediente administrativo, en los términos que seguidamente veremos».

En efecto, se trata de analizar, pues, el contenido formal y material del expediente administrativo, de cara a efectuar el control casuístico. En este caso, el Tribunal observa que la parte recurrente había presentado unas extensas alegaciones en el trámite de información pública, en que «ya ponía de manifiesto su desconocimiento sobre las hipótesis y parámetros utilizados para el cálculo de las asignaciones individuales en el sector eléctrico pues la metodología de la propuesta incumple el principio de justificación clara, transparente y objetiva exigida por la Directiva», y en que también solicitaba «aclaración sobre las previsiones de futuro de las que se parte y que no aparecen justificadas, exponiendo reiteradamente la falta de explicación de las magnitudes y variables empleadas en diversos puntos».

Resulta de gran interés la posición del Tribunal Supremo, al señalar que «cuando se cuestiona en la vía administrativa previa la falta de claridad y justificación de las variables, magnitudes y valores y se ponen de manifiesto las lagunas de que adolece la propuesta, la Administración debe hacer un esfuerzo mayor en la resolución recurrida para que el destinatario de un acto administrativo conozca los criterios aplicados que constituyen los fundamentos de la decisión administrativa de asignación». En definitiva, lo que se sostiene es que más allá de una exigencia abstracta de una imprecisa motivación, que podría llevar a un formalismo estéril, debe averiguarse en cada caso la idoneidad concreta de requerir un mayor grado o nivel de motivación en atención a las específicas circunstancias concurrentes en cada expediente. En concreto, el Tribunal exige a la Administración «un esfuerzo mayor» cuando ya ha sido previamente advertida a lo largo del procedimiento de su necesidad subjetiva por parte de un determinado interesado. Es decir, que el nivel de exigencia de la suficiencia de motivación no puede establecerse tampoco de manera igual y general sólo en razón del contenido material del acto, sino que debe atenderse a la singular y específica posición subjetiva de cada uno de los interesados si la misma se ha manifestado ya, como decimos, en el procedimiento.

Las anteriores consideraciones dan paso al análisis del supuesto específico que se juzga. En este sentido, y en relación con el concreto ámbito de la

asignación individual de derechos de emisión, el Tribunal considera que la exigencia de motivación se ve intensificada en atención a tres circunstancias reveladoras de la peculiaridad de los intereses concernidos. En primer lugar, porque se trata de una actividad de reciente creación derivada por el Protocolo de Kioto, que se concreta y concluye en la asignación individual de los derechos de emisión de gases, como medio eficaz de reducción de las emisiones de dióxido de carbono (CO₂) y otros gases de efecto invernadero.

Especial interés reviste la circunstancia apreciada en segundo lugar. Dice la sentencia que se intensifica la exigencia de motivación: «porque han de evitarse diferencias injustificadas entre sectores de actividad o entre instalaciones, impidiendo la aparición de posiciones de ventaja. La proscripción, por tanto, de perjuicios a la competencia, la observancia del principio de no discriminación reclaman una motivación que permita comprobar el respeto escrupuloso a tales principios. Del mismo modo que la transparencia de este mercado de emisión emerge como un principio poderoso cuya aplicación precisa también de una motivación suficiente». El Tribunal contempla, pues, una circunstancia singular por razón de una de las materias o posiciones afectadas, la libre competencia sin discriminación, que añade un plus a los elementos tomados anteriormente en consideración. Una vez más, se trata de proteger, con la decisión fundamentada, el específico interés de cada uno de los interesados que en este caso ocupan individualmente una singular posición en el mercado.

Y, en fin, en tercer lugar, el Tribunal Supremo desvirtúa una alegación formulada por el Abogado del Estado acerca del carácter especialmente técnico y complejo de la materia. A diferencia de lo por él sostenido, dice la sentencia que «tratándose de una materia compleja, en la que interfieren cuestiones de índole técnica, matemática, económica y física, ha de aumentarse el esfuerzo por establecer una explicación razonable, sucinta pero asequible, y en todo caso que el destinatario del acto impugnado haya llegado a conocer las razones por las que le ha correspondido una concreta asignación de derechos de emisión para limitar la propagación de los gases de efecto invernadero, en conexión con un coste económicamente eficiente. La complejidad de la operación de asignación no puede, en modo alguno, comportar la exención de motivación, o la devaluación de tal exigencia, sino, por el contrario, ha de estimular la búsqueda de fórmulas concretas de exteriorización de las razones de la decisión, que sean específicas en relación con el destinatario del acto administrativo». De este modo se hace frente a una habitual justificación sostenida por la Administración, que se escuda en las vertientes técnicas, económicas o matemáticas que subyacen a una decisión para evitar su exteriorización de forma comprensible. Conducta que también se observa a menudo en la insuficiencia de los estudios económicos o memorias en términos coste-beneficio que deben justificar las disposiciones de carácter general, según se exige por la normativa aplicable a las mismas.

Cabe destacar que el Tribunal no se conforma con que debe exteriorizarse la motivación a pesar de sus componentes técnicos, sino que, en relación

con lo ya señalado acerca de la posición singular que ocupan los diferentes interesados, insiste en que la motivación debe permitir tener un efecto individualizado. Dice la sentencia: «De manera que las motivaciones comunes que sirven a una pluralidad indeterminada de empresas, que se encuentran en diferente posición en el mercado, no puede ser una motivación suficiente, pues sitúa a la parte en una zona de indefensión al impedir combatir en plenitud la resolución administrativa». Y esta exigencia se proyecta tanto a la motivación contenida en el propio acto como a la motivación *in aliunde* eventualmente contenida en los informes incorporados al expediente, según prevé el artículo 89.5 de la LRJPAC.

En fin, la especificidad del caso contemplado en la sentencia de 1 de octubre de 2008 que se reseña —asignación de derechos de emisión— tiene también su concreto tratamiento derivado del Derecho comunitario. En efecto, en este contexto la motivación resulta esencial, según trae a colación el Tribunal Supremo, en virtud de lo declarado por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Sala 3.^a, sentencia de 7 de noviembre de 2007, recaída en el recurso de anulación T-374/04. En efecto: «En dicha sentencia se estima el recurso de anulación interpuesto contra la Decisión de la Comisión relativa al plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero notificado por Alemania con arreglo a la Directiva del Parlamento por el que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad. La Sala anula el artículo 1 de la Decisión y el artículo 2 al considerar que la Comisión ha incumplido su deber de motivación al no justificar la aplicación del principio de igualdad de trato. Declara la citada sentencia que “procede recordar que el cumplimiento de la obligación de motivación en virtud del artículo 253 CE, tal como la pone de relieve el artículo 9, apartado 3, última frase, de la Directiva 2003/87, relativo a las decisiones de rechazo de un PNA o parte del mismo adoptadas por la Comisión, reviste una importancia aún más fundamental dado que, en el caso de autos, con arreglo al artículo 9, apartado 3, de dicha Directiva, el ejercicio de la facultad de control de la Comisión implica realizar evaluaciones económicas y ecológicas complejas y que el control de la legalidad y el fundamento de estas evaluaciones que efectúa el juez comunitario está restringido (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec. pág. I-5469, apartado 14)”. Por lo que concluye que “el Tribunal de Primera Instancia considera que la Comisión ha incumplido su deber de motivación en virtud del artículo 253 CE al no aportar la menor explicación relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato ni en la Decisión impugnada ni en la Comunicación de la Comisión de 7 de julio de 2004, ni en el contexto de la adopción de dichos actos”».

Como puede verse, nuestro Tribunal Supremo, siguiendo en esta sentencia de 1 de octubre de 2008 una línea ya marcada por anteriores pronunciamientos, construye cuidadosamente el régimen de la exigencia de motivación a la vista de las circunstancias específicas del caso: por un lado, desde

el punto de vista objetivo de la materia concernida, la asignación de derechos de emisión de gases con efecto invernadero, en el que resulta relevante tener en cuenta tanto la formulación comunitaria como su naturaleza técnica, para exigir un plus de motivación; por otro lado, desde el punto de vista subjetivo, también debe apreciarse la específica posición del interesado, tanto por su situación en el mercado como por su concreta conducta en el expediente administrativo, para extremar la obligación de motivar suficientemente y específicamente la resolución administrativa. También es cierto, no obstante, que, en sentido contrario, alguien podría aducir el carácter profesional de la empresa y su obligación, o presunción, de contar con un especial conocimiento de la materia (TF).

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS SINDICATOS PARA IMPUGNAR DISPOSICIONES GENERALES: SINDICATO DE ENFERMERÍA CONTRA DECRETO REGULADOR DE LOS CONVENIOS Y CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS

La configuración de la justicia administrativa en nuestro sistema ha conocido avances importantes a partir de su interpretación conforme a la Constitución y su nueva regulación en la Ley de 1998. El tema de la legitimación para recurrir en vía contencioso-administrativa es uno de los temas en que se muestra esta evolución, al hilo de las exigencias derivadas de la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva. Uno de los puntos que generan interés es el de la protección de los intereses legítimos colectivos —y de los intereses individuales de ejercicio colectivo— y el papel que en este sentido se reconoce a las distintas organizaciones —sindicatos, asociaciones— creadas para su defensa. La plenitud de la cláusula del Estado de Derecho entronca así con la las cláusulas del Estado social y democrático.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 4.^a) de 19 de noviembre de 2008 (recurso de casación núm. 1503/2006) declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Generalitat de Catalunya frente a la STSJ de Catalunya (Sección 5.^a) de 7 de febrero de 2006 que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato de Enfermería (SATE) y anula el Decreto 345/2001, de 24 de diciembre, por el que se regula el establecimiento de convenios y contratos de gestión de servicios sanitarios en el ámbito del Servicio Catalán de Salud. A continuación, el TS casa y declara nula la citada STSJ de Catalunya, por entender que procede la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación del Sindicato de Enfermería. Vemos, pues, que en este caso se plantea la legitimación activa de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo —art. 19.1.b) LJCA— para la defensa de los intereses legítimos colectivos de los trabajadores y, en especial, frente a la gestión por privados de servicios públicos sanitarios.

La STSJ de Catalunya había rechazado la alegación de la Administración demandada de falta de legitimación activa del Sindicato en base a una consolidada jurisprudencia del TC y del TS sobre la legitimación sindical

—si bien sin cita alguna de sentencias— que propugna: a) no basta para ostentar legitimación activa apelar a la función constitucional genérica de los sindicatos de representación y defensa de los trabajadores (arts. 7 y 28 CE); y b) debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines y actividad) y el objeto del proceso (pretensión ejercitada), que se concreta en la existencia de un interés legítimo económico o profesional que debe ser cierto, cualificado o específico y que se deriva de la obtención de una ventaja o beneficio por la estimación del recurso, habiéndose de valorar ello en cada caso. En una primera aproximación, la STSJ de Catalunya señaló la posible inexistencia de dicho vínculo (o interés legítimo) porque el Decreto impugnado no regula las relaciones estatutarias ni laborales del personal del Servicio Catalán de Salud, sino que sus destinatarios son las entidades que prestan servicios sanitarios por cuenta del indicado Servicio. Pero, luego, modula dicha consideración general porque las fórmulas de gestión de servicios sanitarios previstas en el Decreto «tienen una indiscutible incidencia en la reordenación de los recursos humanos adscritos al Instituto Catalán de la Salud en los casos en los que se encomiendan a una entidad privada los servicios que venía desarrollando aquél». Y, por tanto, admite la legitimación del Sindicato de Enfermería porque «el Decreto impugnado tiene una evidente influencia en el campo socio-profesional que constituye el ámbito de actuación de las organizaciones sindicales».

Pero, una vez admitido el recurso, la STSJ de Catalunya declararía la nulidad del Decreto por no constar un estudio económico en términos de balance coste-beneficio, tal como exige el artículo 63.2 de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalitat, puesto que el informe económico emitido no efectúa ninguna valoración del coste de la implantación de las diversas fórmulas contractuales. Considera que dicha vulneración cobra más relieve en el presente caso si se tiene presente, como puso de manifiesto el correspondiente dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, la extraordinaria relevancia económica del reglamento al afectar a toda la contratación de los servicios sanitarios del Servicio Catalán de Salud. No es objeto de esta reseña la cada vez más frecuente anulación de disposiciones generales por motivos de procedimiento, apreciación que adquiere muy distinta significación si se formula en sede consultiva previa, lo que permite su subsanación, o en vía contencioso-administrativa. En cualquier caso, la Generalitat de Catalunya, que vio anulado su Decreto por tal motivo, acude al Tribunal Supremo, donde reitera, como primera alegación, la inadmisibilidad por falta de legitimación del Sindicato recurrente.

Ante esta alegación de inadmisibilidad, la STS de 19 de noviembre de 2008 expone también los fundamentos de la jurisprudencia constitucional sobre la legitimación sindical, si bien con más detenimiento al reproducir la mayor parte del FJ 3.º de la STC 142/2004, que se hace eco de las SSTC 70/1982, 210/1991, 101/1996, 7/2001, 24/2001 y 112/2004. De hecho, esta cita se toma prestada de la STS de 2 de diciembre de 2005 —de la misma

Sala y Sección 4.^a (Ar. 10002)—, que a su vez la reproduce de la STS de 27 de octubre de 2004 —de la misma Sala y Sección 4.^a (Ar. 7773)—.

En relación a dicha jurisprudencia sobre la legitimación de los sindicatos, cabe realizar las siguientes consideraciones:

Primero, la legitimación de los sindicatos exige acreditar situaciones jurídicas subjetivas consistentes en un interés legítimo. No se admite su legitimación basada en situaciones jurídicas objetivas para la defensa de la legalidad porque, a partir de la STC 210/1994, de 11 de julio, se dejó bien claro que «la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerlas valer» (FJ 4.º).

Segundo, la legitimación por interés legítimo de los sindicatos para la defensa de los trabajadores plantea dos supuestos diferentes: de un lado, *para la defensa de los intereses legítimos colectivos de los trabajadores y, de otro lado, también para la defensa de los múltiples derechos e intereses legítimos individuales de los trabajadores pero de ejercicio colectivo* para garantizar su efectiva tutela, tal como se hizo eco tempranamente la STC 70/1982, de 29 de noviembre, al referirse a «derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *uti singulus*, sean de necesario ejercicio colectivo» (FJ 3.º). Dicha dualidad legitimadora la podemos encontrar también en otros ámbitos, como ocurre con las asociaciones de consumidores y usuarios. Estas asociaciones están legitimadas para la defensa de los intereses legítimos colectivos de los mismos y también para la defensa colectiva de los derechos e intereses legítimos individuales de sus asociados, tal como admitió la STC 71/1982, de 30 de noviembre (reiterada por, entre otras, las SSTC 90/2001, de 2 de abril, y 97/2004, de 19 de abril), y se reconoció en el artículo 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, y en el actualmente vigente artículo 24.1 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de esta Ley.

Y tercero, la legitimación de los sindicatos por interés legítimo colectivo —art. 19.1.b) LJCA, siguiendo el art. 7.3 LOPJ— plantea dos supuestos: que resulten afectados o que estén habilitados legalmente. El primer criterio de afectación se refiere a la existencia de un perjuicio a un interés legítimo colectivo que, como hemos visto, será de carácter económico o profesional cuando se trate de sindicatos y que, en cada supuesto, se deberá acreditar. Mientras el segundo caso hace referencia a las entidades habilitadas legalmente para la defensa de intereses legítimos colectivos. Así, en el ámbito sindical, el artículo 31.6 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, reconoce a las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública la legitimación contencioso-administrativa para recurrir las resoluciones de los órganos de selección. Es muy importante tener presente que este régimen de habilitación legal no excluye el régimen de afectación anterior. Así, la legitimación de los sindicatos más representativos para impugnar las resoluciones de los órganos de selección no impide que el resto de sindicatos estén legitimados para acceder a

la jurisdicción contencioso-administrativa si sus derechos e intereses legítimos colectivos resultan afectados. En el presente caso de la STS de 19 de noviembre de 2008, sólo se plantea la legitimación del Sindicato en base a la afectación a sus intereses legítimos colectivos, pues, a pesar de no encontrarnos con un sindicato más representativo, como reconoce la sentencia, no existe tampoco una legitimación por habilitación legal para recurrir una norma sobre convenios y conciertos.

Partiendo de los anteriores postulados, la STS de 19 de noviembre de 2008 niega la legitimación del Sindicato de Enfermería (SATE) al considerar que son insostenibles, no se ajustan a la realidad y no se han probado las afirmaciones de la sentencia recurrida sobre los efectos en la reordenación de los recursos humanos adscritos al Instituto Catalán de la Salud en los casos en los que se encomiendan a una entidad privada los servicios que venía desarrollando aquél. Más bien, se afirma que las alegaciones se han limitado a la vulneración de diversa normativa administrativa y, por tanto, sólo se ha mostrado un interés a la legalidad. Como sostiene la STS, «el recurso se dirige a restaurar la legalidad que se dice conculcada por el Decreto, pero sin acreditar los beneficios que la obtención de la nulidad del mismo producirá a los profesionales que representa el sindicato que acciona. En modo alguno, se justifican las consecuencias desfavorables que de la permanencia en vigor de esta norma y de su ejecución, se desprenderán para esos profesionales y en qué les afecta la misma».

Ahora bien, a nuestro parecer, la no admisión de la legitimación del Sindicato no se adecua plenamente a lo establecido por la STS de 2 de diciembre de 2005 a la que se remite ni a la jurisprudencia constitucional sobre legitimación sindical, como vemos a continuación.

Primero, la STS de 2 de diciembre de 2005 admitió la legitimación de CC.OO. contra una Orden de la Conselleria de Sanidad de la Xunta de Galicia de 16 de julio de 2001, reguladora de la asistencia médico-farmacéutica de los servicios de prevención con vigilancia y control de los trabajadores, que atribuía a los médicos privados de empresa funciones de los médicos de la sanidad pública. Sin necesidad de acreditar someramente los beneficios de la anulación de la Orden, se aprecia la existencia de un vínculo entre las funciones sindicales y el objeto del proceso «en cuanto defiende los intereses colectivos de sus asociados en relación con el ejercicio profesional, el acceso pertenencia a la función pública y los correspondientes efectos económicos y sociales que entiendo comprometidos con la citada Orden». Además, como ya hemos dicho, esta sentencia hace referencia especial a la anterior STS de 27 de octubre de 2004, que también admitió la legitimación del Sindicato de Médicos de Galicia contra la misma Orden en base a que «la defensa de la sanidad pública y el tema relativo a su privatización, o al posible abuso en la utilización de las fórmulas de dispensación oficial por parte de los médicos privados, figuran entre las finalidades específicas que justifican la existencia del Sindicato de Médicos de Galicia». Dicha sentencia destaca que la Orden comporta otorgar a los médicos de empresa facultades y competencias propias de la sanidad pública como, por ejemplo, dis-

pensar recetas oficiales con la consiguiente imputación de gasto a la sanidad pública y la suplantación de la razón de ser de la misma. No obstante, también es cierto que el TS se ha mostrado más reacio a admitir la legitimación sindical en materia de conciertos educativos (entre otras, las más recientes SSTs de 31 de enero de 2007 —Ar. 871—, 15 de octubre de 2007 —Ar. 7709—, 27 de febrero de 2008 —Ar. 1961— y 18 de septiembre de 2008 —Ar. 320127—).

Segundo, la jurisprudencia constitucional ha mostrado, en general, unos criterios más amplios para admitir la legitimación de los sindicatos para la defensa de los intereses legítimos económicos y profesionales de los trabajadores. Sin duda alguna, puede tener alguna incidencia la omisión en la STS de 2 de diciembre de 2005 del principio constitucional *pro actione* en el acceso a la jurisdicción como criterio hermenéutico que obliga a los órganos judiciales a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable, sino en sentido amplio y no restrictivo, lo que proscribía aquellas decisiones judiciales de inadmisión contrarias a la efectividad de la tutela judicial por su rigorismo, formalismo excesivo o por cualquier otra razón (entre otras, SSTC 88/1997, de 5 de mayo; 252/2000, de 30 de octubre, y 3/2004, de 14 de enero). La aplicación por el TC de dicho principio a la legitimación de los sindicatos da unos resultados diferentes, admitiéndola de forma más favorable y menos rigurosa. Entre otras, cabe citar la STC 112/2004, que, después de examinar el principio *pro actione* en el FJ 3.º, justifica en los FFJJ. 4.º y 5.º la legitimación de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CC.OO. para recurrir cuatro concursos abiertos para la contratación de apoyo técnico informático para la cobertura de necesidades de la Tesorería General de la Seguridad Social. Considera que la estimación del recurso conllevaría acudir a los trabajadores de la Tesorería o bien a incorporar nuevos trabajadores. Y, a pesar de que tales alternativas puedan entrañar un proceso largo y complicado, pueden acarrear unos beneficios para el sindicato (nuevos afiliados, más ingresos y más influencia) y para los trabajadores (expectativas de promoción y movilidad).

En definitiva, sin negar que la jurisprudencia se encuentra en la línea de la apreciación caso por caso, cabe destacar en el supuesto que nos ocupa que la sentencia del Tribunal Supremo de 2008 resuelve de forma opuesta a como lo hizo en las anteriores ocasiones. Desde luego, la sentencia no niega terminantemente ni en general la existencia de un vínculo entre las funciones sindicales y el objeto del proceso «en cuanto defiende los intereses colectivos de sus asociados en relación con el ejercicio profesional», sino que más bien se cuida de precisar que «no está acreditada» en el proceso dicha específica relación sobre la que se sustenta la legitimación: los beneficios que la anulación del Decreto produciría a los profesionales que representa el Sindicato que acciona. «En modo alguno —dice— se justifican las consecuencias desfavorables que de la permanencia en vigor de esta norma y de su ejecución, se desprenderán para esos profesionales y en qué les afecta la misma». Porque si atendiéramos a las materias que son objeto de regulación en las disposiciones gallegas contempladas en las anteriores sentencias

del Tribunal Supremo, no encontraríamos tanta distancia respecto de aquellas a que se refiere el Decreto catalán sobre convenios y contratos de gestión de los servicios sanitarios. Faltaría por comprobar el tenor de los Estatutos del Sindicato de Enfermería recurrente, SATE, para verificar en ellos la delimitación de las «finalidades específicas» que justifican la existencia del mismo», a que alude la sentencia del TS de 27 de octubre de 2004 (AP y TF).

V. IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES A AENA POR PARTE DEL CONSEJO DE MINISTROS. EXAMEN DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS EMPRESAS PÚBLICAS

El Consejo de Ministros, basándose en lo dispuesto en el artículo 10 del Estatuto de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), aprobado por Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, adoptó un acuerdo imponiendo una serie de obligaciones a la citada entidad con el fin de facilitar el ejercicio de las reclamaciones de los pasajeros que se vieron afectados por la suspensión de actividades en el aeropuerto de Barcelona el 28 de julio de 2006.

El citado artículo 10 del Estatuto de AENA dispone que «el Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea está adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes a través de la Secretaría General para los Servicios de Transportes, la cual, de acuerdo con el mandato que establezca el Gobierno, fijará sus directrices de actuación, aprobará el plan anual de objetivos, efectuará el seguimiento de su actividad y ejercerá, sin perjuicio de otras competencias, el control de eficacia, de acuerdo con la normativa vigente».

Pues bien, tomando como norma habilitante el artículo transcrito, el Consejo de Ministros impuso a AENA la siguiente obligación: «AENA adquirirá todos los derechos y acciones que ostenten los pasajeros a los que se refiere el apartado anterior por razón de la cancelación de los vuelos y destrucción o pérdida de equipajes como consecuencia de los incidentes ocurridos en el aeropuerto de Barcelona el 28 de julio de 2006 y que, de manera voluntaria, le cedan dichos pasajeros. A cambio de dicha cesión, AENA abonará a cada pasajero 180 euros, en el supuesto de pérdida o destrucción del equipaje facturado siempre que se hubiera formulado la pertinente reclamación».

El acuerdo fue recurrido por AENA y el Tribunal Supremo estimó dicho recurso mediante la sentencia de 25 de septiembre de 2008 (Rec. 368/2006). En su argumentación el Tribunal Supremo aborda dos cuestiones de interés que pasamos a comentar. Por un lado, la relativa al control de los actos políticos o de gobierno y, por otro, la concerniente a la relación jurídica entre la Administración que crea una empresa pública y dicha empresa.

El tratamiento de los actos políticos o de gobierno no ofrece novedades significativas. Frente a lo alegado por el Abogado del Estado, en el sentido de que el acuerdo del Consejo de Ministros es un acto dictado por el gobierno actuando como tal y, por tanto, sujeto a un control jurisdiccional limita-

do, el Tribunal recuerda su doctrina sobre la materia y señala que los actos de dirección política están sujetos al control jurisdiccional en lo referente a sus elementos reglados y a su sujeción a los principios informadores del ordenamiento jurídico.

Una vez se ha rechazado que el Tribunal deba llevar a cabo un control limitado del acto impugnado, se afirma en primer lugar que el gobierno era competente para dictar dicho acto (se dice incluso que es encomiable que adopte este tipo de acuerdos), pero se añade que «para ello debe acudir a los instrumentos de rango adecuados y con los medios que le proporciona el ordenamiento».

Centrada así la cuestión, se entra en el tema verdaderamente importante: ¿el artículo 10 del Estatuto de AENA era un título jurídico suficiente para que el gobierno pudiera dictar el acto impugnado? ¿La relación existente entre el Ministerio y AENA, en tanto que EPE creada por el gobierno del Estado, justifica el contenido del acuerdo?

En definitiva, el Tribunal Supremo se enfrenta al contenido jurídico de la relación existente entre un Ministerio u Organismo Autónomo y la Entidad Pública Empresarial creada por los órganos o entes antes citados. Por ello, recuerda lo que establece el artículo 43.3 de la LOFAGE: «Las Entidades Públicas Empresariales dependen de un Ministerio u Organismo Autónomo, correspondiendo las funciones aludidas en el apartado anterior —dirección estratégica, evaluación y control de los resultados de su actividad— al órgano de adscripción del Ministerio u Organismo».

De esta forma las preguntas antes formuladas pueden precisarse un poco más: el acto impugnado, ¿puede entenderse incluido dentro de las facultades de dirección y control que el Ministerio posee en relación a AENA?

El Tribunal, para responder a este interrogante, formula dos consideraciones que nos parecen muy relevantes. Por un lado, afirma que la relación entre el Ministerio y AENA es una relación de tutela, no de jerarquía, una relación basada en la dirección y el control, pero no en la subordinación de AENA respecto del Ministerio. Por otro, con cita del artículo 43.2 y 3 de la LOFAGE, se destaca la autonomía de gestión de AENA, autonomía que refuerza el artículo 82.2 de la misma Ley al declarar que sus actos agotan la vía administrativa.

Abundando más en el contenido de la función de tutela se establece la doctrina que está en la base de la resolución del recurso: «las relaciones de tutela —se reducen— a las de dirección, evaluación y control, aprobación del plan anual de objetivos, es decir, funciones que entran en el marco de directrices generales, pero en ningún caso se refieren a actuaciones concretas en relación con supuestos determinados, respecto de los cuales tiene la Entidad Pública AENA su propia autonomía, en función de su propia iniciativa».

Sentada esta doctrina, se construye el contenido del fallo. El gobierno está sujeto al principio de legalidad. Por tanto, para actuar como lo hizo —imponer una actuación concreta a AENA— debía contar con una norma habilitante. Esta norma no se encuentra en la LOFAGE, que limita los poderes de actuación sobre las EPE a funciones de tutela. La facultad de direc-

ción que reconoce al gobierno el artículo 10 del Estatuto de AENA no puede ir más allá de lo que permite la LOFAGE. Por tanto, el acto que impuso obligaciones concretas no contaba con norma legal de cobertura. Al no existir esta norma, el acuerdo impugnado se declara nulo por infringir el principio de legalidad.

La sentencia cuenta con un voto particular discrepante del Magistrado Sr. Bandrés Sánchez-Cruzat, al que se adhiere el Magistrado Sr. Ledesma Bartret. En síntesis, el voto particular se opone a la interpretación restrictiva de las facultades de dirección y control, y sostiene que el acuerdo impugnado forma parte del ejercicio de la defensa del interés general que corresponde al gobierno, que, por otro lado, es manifestación de su poder de dirección sobre AENA, y que fue una medida razonable y proporcionada.

El Tribunal Supremo ha fijado de este modo el alcance de las relaciones jurídicas entre la Administración «madre» y su empresa pública. No deja de ser curioso que el Ministerio y «su» EPE hayan decidido resolver sus discrepancias en sede judicial (JT).