

REVISTA DE

# Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

## **E. SCHMIDT-ABMANN**

La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas

## **M. CARLÓN RUIZ**

El servicio universal de telecomunicaciones

## **R. FERNÁNDEZ ACEVEDO**

La problemática cuestión de la rentabilidad en la explotación de los bienes y derechos patrimoniales. Su regulación jurídica en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas

## **G. GARCÍA ÁLVAREZ**

Los poderes normativos de las Administraciones independientes en el ámbito económico

## **I. SANZ RUBIALES**

Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico

# 171

Madrid

Septiembre/Diciembre

## 2006

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA  
ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



*Revista de Administración Pública*  
ISSN: 0034-7639, núm. 171,  
Madrid, septiembre-diciembre (2006)

# Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*  
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*  
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*  
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*  
Luis Cosculluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*  
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*  
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*  
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*  
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*  
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*  
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*  
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*  
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*  
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*  
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*  
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*  
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*  
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

## Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

*El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista*

## II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

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

### I. AYUDAS A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO: DELIMITACIÓN DE LA NOCIÓN DE TERRORISMO Y DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 32/1999, DE 8 DE OCTUBRE, DE SOLIDARIDAD CON LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

La STS de 17 de mayo de 2006 versa sobre la solicitud de indemnización presentada por una de las víctimas de la célebre matanza de Puerto Hurraco al amparo de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo. En ella, el TS delimita el ámbito de aplicación de esta Ley, debiendo, para ello, adentrarse en la espinosa cuestión de la definición del terrorismo.

Como se recordará, el 26 de agosto de 1990 tuvo lugar en dicha pedanía de la provincia de Badajoz uno de los hechos delictivos más graves de la historia española reciente: dos hermanos, movidos por el deseo de vengarse de una familia rival, a la que atribuían el incendio que había causado la muerte de su madre (último episodio de una larga sucesión de graves enfrentamientos entre ambas familias), así como del resto de vecinos (a quienes acusaban de haber encubierto a los autores del incendio), irrumpieron en dicha localidad con su escopeta de caza y comenzaron a disparar de forma indiscriminada, asesinando a dos de los miembros de aquella familia y a otras siete personas e hiriendo a seis más.

Uno de los heridos reclamó indemnización al amparo de la citada Ley 32/1999, dando lugar al recurso de casación objeto de la presente STS. En su opinión, tal hecho delictivo, análogo al incendio del Hotel Corona de Aragón, puede ser subsumido dentro de la noción de terrorismo, puesto que los responsables idearon «un plan de exterminio para acabar con el mayor número posible de personas de un pueblo, por el mero hecho de pertenecer al mismo y sin distinción alguna de si se trataba de miembros de una determinada familia o no» (FJ 3.º). Según el artículo 2.1 de la Ley, la misma resulta aplicable a los «hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana», definición legal de terrorismo similar a la contenida en el artículo 571 del Código Penal (determinados hechos cometidos por «bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública»).

El TS, siguiendo lo establecido por la AN en su sentencia de instancia, desestima la reclamación indemnizatoria, al negar que en los referidos hechos concurriera la *finalidad* que caracteriza al terrorismo: «no es la situación objetiva de grave alteración de la paz y seguridad ciudadana lo que determina la inclusión de la actuación que la ocasiona en el ámbito de aplicación de [la Ley 32/1999], sino la finalidad, el propósito del autor, de alcanzar esa situación y de alcanzarla con el designio de subvertir, de destruir, los valores de la convivencia, de la tolerancia y de la libertad, situándose extramuros de un proyecto de convivencia recuperado con la democracia y asentado en el respeto a la Ley, a la voluntad popular y al libre y pacífico ejercicio de cualquier reivindicación política. Finalidad, propósito de los autores, que no es el que cabe apreciar en los luctuosos sucesos de Puerto Hurraco, dominados más bien por un exacerbado ánimo de venganza contra todos a los que, obsesivamente, situaban en el bando de sus inveterados enemigos, por ser vecinos de la localidad y por entender que toda ésta, todos sus vecinos, encubría, encubrían, un imaginario hecho delictivo perpetrado por aquéllos» (FJ 5.º). El TS impone también las costas al recurrente, aunque limitando su importe a un máximo de mil euros.

Naturalmente, aunque el TS no lo afirme de forma expresa, la víctima podría haber reclamado la indemnización prevista de forma genérica por la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, que la desarrolla (OM).

## II. NOMBRAMIENTO DE PRESIDENTE DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL SISTEMA DE PROVISIÓN DE LA PLAZA. ANÁLISIS DEL DEBER DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE DE LOS NOMBRAMIENTOS DISCRECIONALES

### 1. *Planteamiento del conflicto: nombramiento de Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*

La STS de 29 de mayo de 2006, teniendo como ponente al Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1826/2004, de 30 de julio, por el que se nombra Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El recurso fue interpuesto por uno de los Magistrados que integran dicha Sala y que se presentó como aspirante a ocupar el cargo indicado. Discrepando del parecer mayoritario, y sosteniendo que el recurso debió ser desestimado, firman un voto particular a la sentencia los Magistrados D. Óscar González González, D. Agustín Puente Prieto, D. Juan Gonzalo Martínez Micó y D. Emilio Frías Ponce.

El demandante fundamenta su recurso en cuatro motivos de impugnación, a los que añade un quinto a la vista de las alegaciones que formula la persona favorecida por el nombramiento y demandado en el proceso. Estos motivos son, en síntesis, los siguientes:

- 1) Fueron cuatro las votaciones sucesivas que se realizaron en el Consejo General del Poder Judicial (en lo sucesivo, CGPJ) para conseguir la mayoría suficiente para acordar el nombramiento, cuando el número máximo admisible era únicamente de tres. En consecuencia, el nombramiento es nulo por falta de validez de la cuarta votación.
- 2) El nombramiento es nulo por incurrir en desviación de poder.
- 3) El nombramiento es nulo porque el puesto de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional debe ofertarse y resolverse por el sistema de concurso y no mediante libre designación.
- 4) El nombramiento es nulo por carecer de motivación suficiente, referida a los principios constitucionales de mérito y capacidad.
- 5) El nombramiento es nulo por la existencia de una grave infracción del principio de igualdad de oportunidades de todos los aspirantes, en tanto que se permitió al demandado y solamente a él entregar «en mano» a algunos vocales del CGPJ cierta documentación relevante. Además, los vocales que se prestaron a recibir esa documentación incurrieron, por tal motivo, en la causa de abstención consistente en tener interés personal en el asunto.

El Tribunal Supremo entra a examinar cada uno de estos motivos de impugnación en el orden y en el sentido que a continuación se resume. Debe destacarse, ya en este momento, que esta sentencia supone un cambio importante respecto a una consolidada doctrina jurisprudencial en torno a la motivación de los nombramientos discrecionales.

## 2. *Examen de la posible infracción del principio de igualdad de oportunidades y de la concurrencia de una causa de abstención*

Ya en fase de conclusiones, a la vista de las alegaciones formuladas por la persona favorecida por el nombramiento y demandada en este proceso, el recurrente añade un nuevo motivo de impugnación: en el curso del procedimiento para la adjudicación de la vacante se habría producido una grave infracción del principio de igualdad de oportunidades para todos los aspirantes, desde el momento que al demandado, y solamente a él, se le permitió entregar «en mano» a algunos vocales del CGPJ un documento con sugerencias para la reorganización del trabajo en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, después de vencido el plazo de presentación de solicitudes y documentación. Se alega, además, que los vocales que recibieron dicho documento habrían incurrido en la causa de abstención de tener interés personal en el asunto [art. 28.2.a) de la Ley 30/1992].

El Tribunal Supremo da por probado que el demandado hizo llegar a algunos vocales del CGPJ, aunque no queda acreditado cuándo ni a quiénes en concreto, el documento en cuestión, «con la finalidad de realzar su candidatura», y que, además, tal cosa «lo hizo al margen del procedimiento previsto en la convocatoria de la plaza» (FJ 1.º). Con todo, la sentencia

no acoge el razonamiento de la parte recurrente, al estimar que este hecho no tiene trascendencia invalidante y no constituye causa de abstención.

La falta de eficacia anulatoria se justifica del siguiente modo: «no se sigue de este hecho una irregularidad formal o procedimental con trascendencia invalidante de la resolución impugnada, por cuanto que —como resulta de la lectura del acta de la sesión en que se acordó el nombramiento— ese documento y las sugerencias que en él se hacían no fueron tenidos en cuenta por los vocales del CGPJ, quienes fundaron su preferencia por el Sr. S. F. J. G. B. [el candidato finalmente elegido] en otros factores (...). No hay en ese acto el menor vestigio de toma en consideración del documento ni de las sugerencias contenidas en el mismo ni hay dato alguno que permita colegir que los votos favorables para el Sr. S. F. J. G. B. fueran consecuencia de su valoración» (FJ 1.º).

Por su parte, la no concurrencia de causa de abstención se argumenta de la manera siguiente: «el hecho de que el codemandado lo remitiera por iniciativa personal suya a algunos vocales no implica que los destinatarios del mismo incurrieran por tal razón en la causa de abstención consistente en tener interés personal en el asunto, pues no hay por qué entender que su interés fuese más allá de la aspiración de tener un mejor y más completo conocimiento de las aptitudes de uno de los aspirantes al destino a cubrir» (FJ 1.º).

### 3. *Examen de la corrección en el número de votaciones realizadas para el nombramiento*

Según dispone el artículo 44 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ: «Cuando en las votaciones para la provisión de cargos judiciales u otros cuyo nombramiento compete al Consejo ninguno de los votados alcance la mayoría de los miembros presentes, se celebrará una nueva votación entre los dos que hubieren obtenido mayor número de votos en la primera. Si ninguno de ambos alcanzare la mayoría antes expresada, después de tres votaciones consecutivas, se entenderá denegada la propuesta, que se devolverá al órgano competente para que formule otra nueva». En el caso enjuiciado, consta acreditado que, efectivamente, en la sesión plenaria del Consejo en que se debatió la adjudicación de la vacante de Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tuvo lugar una primera votación en la que, de todos los aspirantes, solamente obtuvieron votos tres candidatos y ninguno alcanzó la mayoría de los votos de los miembros presentes. De este modo, se produjeron después tres votaciones sucesivas restringidas a los dos que habían obtenido el mayor número de sufragios, siendo en la tercera de estas votaciones cuando el Sr. S. F. J. G. B. obtuvo la mayoría de votos (once, en concreto) y, consecuentemente, fue nombrado. Es oportuno añadir que el recurrente estaba incluido en los tres candidatos que obtuvieron algún voto, pero no en los dos que consiguieron una mayor votación, de manera que ya no participó en las votaciones sucesivas posteriores.

Con base en estos hechos, considerados probados en la sentencia, el demandante sostiene que la celebración de la última de las votaciones —la cuarta en el orden de todas las acaecidas— excede del tope máximo de tres previsto en el precepto reglamentario transcrito. Y, por ello, solicita la nulidad del nombramiento resultante.

La sentencia, sin embargo, rechaza esta argumentación «porque se basa en una hermenéutica errónea del precepto reglamentario». Según razona el Tribunal Supremo: «Lo que el artículo 44 establece es que se producirá una primera votación entre los candidatos presentados y si ninguno de ellos obtuviera los votos necesarios para ser nombrado, se producirán nuevas y sucesivas votaciones hasta un máximo de tres. Estas tres votaciones tienen lugar entre los dos candidatos que obtuvieron más sufragios en la primera y por consiguiente el cómputo de tres no toma en consideración esa primera votación». Y concluye que: «Habiéndose procedido así en el caso examinado, es claro que no se produjo infracción alguna del referido precepto» (FJ 2.º).

#### 4. *Caracterización jurídica del sistema de provisión de la plaza en disputa*

A los efectos de caracterizar jurídicamente el sistema de provisión de la plaza de Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la sentencia identifica como normativa aplicable los artículos 326 y 333 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003). De una interpretación conjunta de ambos preceptos, la sentencia concluye que la plaza en examen presenta «un perfil mixto», puesto que «su cobertura resulta de la apreciación de elementos objetivos y reglados, junto con otros que requieren valoraciones subjetivas y de difícil encaje en módulos o baremos preestablecidos, por más que referidas en todo caso a la idoneidad para el ejercicio de la función y en ningún caso ajenas a las exigencias constitucionales de mérito y capacidad» (FJ 3.º). Caracterización mixta del sistema de cobertura del puesto que «resulta lógica», a juicio del Tribunal, «si se tiene en cuenta que la labor del Presidente de una Sala como la de lo Penal de la Audiencia Nacional conlleva no sólo la intensa labor técnico-jurídica propia del ejercicio de la función jurisdiccional en ese puesto, sino también la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos, para lo que se requieren aptitudes personales que trascienden de los puros conocimientos técnicos y cuya valoración no puede reflejarse en un baremo, por más que se trate en todo caso de aptitudes siempre referidas a idoneidad para el mejor desempeño del puesto y no a aspectos extraños y ajenos al mismo, como pudieran ser la empatía personal o la afinidad política» (FJ 3.º).

Alega el recurrente, como motivo de impugnación en este punto, que de los preceptos indicados resulta con claridad que la plaza en disputa no está excluida del sistema general de concurso, de modo que no puede sostenerse que se trate de un nombramiento de libre designación.

Tampoco con este razonamiento está de acuerdo el Tribunal Supremo, puesto que «el destino no puede configurarse como un puesto de libre de-

signación en el sentido con que habitualmente se utiliza esta expresión en el ámbito de la función pública, ni es un puesto que se cubra mediante concurso». La justificación de que «no es un puesto de libre designación en la acepción tradicional», en primer lugar, se encuentra en el hecho de que «una característica del sistema de libre designación como forma de provisión de empleos y cargos públicos es la confianza personal de quien hace el nombramiento a favor del nombrado, que conlleva la libertad de cese o remoción del así designado, notas éstas que no resultan predicables en modo alguno del puesto que tratamos, que, muy al contrario, justamente por estar ligado al ejercicio de la función jurisdiccional, con las notas de profesionalidad, independencia e imparcialidad que le son inherentes, no puede caracterizarse como un puesto de confianza personal y presenta un sistema reforzado de garantías de permanencia en el cargo para su titular, que le salvaguarda de eventuales remociones basadas en criterios de oportunidad y sólo permite el cese en casos estrictamente tasados». Pero, por otro lado, «tampoco es un puesto de concurso», habida cuenta de que «la valoración última de la idoneidad de los aspirantes es irreductible a un baremo preestablecido» (FJ 3.º).

##### 5. *Examen de la posible falta de motivación suficiente.* *Cambio de doctrina jurisprudencial*

El recurrente sostiene que el nombramiento es nulo por falta de motivación suficiente, referida a los principios constitucionales de mérito y capacidad. Es a este motivo de impugnación al que dedica una mayor atención el Tribunal. Adelantamos ya que es acogido por la sentencia, fundamentando la estimación del recurso interpuesto. Y es también en este punto que discrepa el voto particular.

La sentencia comienza afirmando la plena legitimidad constitucional de la amplia libertad de apreciación de que goza el CGPJ a la hora de efectuar nombramientos como el ahora examinado. En apoyo de esta aseveración se trae a colación la doctrina constitucional, y en concreto la contenida en la STC 108/1986, de 29 de julio, relativa a la naturaleza de este órgano constitucional. Amplias facultades de decisión para la cobertura de determinados destinos judiciales, entre ellos el de Presidente de Sala, que resultan «de un clara congruencia» con la configuración constitucional del CGPJ: «porque no sería fácilmente comprensible que siendo uno de los fines de los constituyentes al erigir tan complejo órgano constitucional el de asegurar la independencia en el nombramiento de los jueces y magistrados, se le hubiese limitado a convertirse en una mera comisión calificadora de automática y objetivada computación de méritos, excluyéndole de hacer valoraciones de conveniencia institucional, a él confiadas precisamente por razón de su origen, rango y compleja composición» (FJ .º4).

Ahora bien, que el margen de libertad de apreciación de que dispone el CGPJ sea amplio y no reconducible a parámetros objetivados y predeterminados no supone —sigue razonando la sentencia— que se trate de un

poder ilimitado. En otras palabras, «no puede implicar en modo alguno que la decisión sobre la cobertura de la plaza vacante devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control» (FJ 5.º).

Es por esta razón que el Tribunal rechaza las alegaciones del Abogado del Estado cuando señala que provisiones como la enjuiciada se caracterizan por un «elemento de confianza». Llegados a este punto, la sentencia se aparta de modo expreso de la doctrina jurisprudencial anterior: «Hemos de superar, en este sentido, las consideraciones expuestas en la STS de 30 de noviembre de 1999, donde se apuntaba a la validez y suficiencia de criterios de confianza para la provisión de la plaza de Presidente de una Audiencia Provincial. Esa confianza no puede entenderse basada en apreciaciones de oportunidad política, afinidad personal o adscripción ideológica, sino en razones exclusivas de aptitud profesional para el desempeño del puesto concernido, que podrán tener en cuenta, por supuesto, no sólo la formación y experiencia técnico-jurídica, sino también la aptitud personal para la labor de dirección y gestión inherente a la Presidencia de un órgano jurisdiccional colegiado, pero que en todo caso deberán ser explicables y asequibles desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad». Y añade que el margen de libertad con que cuenta el CGPJ constituye una «discrecionalidad» que «no puede ser la propia o típica de los criterios habituales de provisión de los puestos directivos situados en los niveles superiores de la Administración Pública, marcados por las notas de la confianza personal y la empatía con el ámbito de la decisión política» (FJ 5.º).

La amplia potestad de libre apreciación y valoración con que cuenta el CGPJ, en conclusión, no es un poder ilimitado y, consecuentemente, está sometido a límites susceptibles de ser controlados jurisdiccionalmente. Entre ellos, destaca «la recta observancia de los trámites procedimentales que preceden a la decisión» (FJ 7.º). En el caso concreto enjuiciado, entre dichos trámites procedimentales tiene especial relevancia la intervención, vía informe, de la Comisión de Calificación del CGPJ, a tenor de lo dispuesto en los artículos 135 y 136 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los artículos 72 a 74 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ. Estas normas atribuyen a la Comisión importantes facultades para procurar y suministrar al Pleno la información adecuada a fin de que este último pueda realizar su labor con las mayores garantías de acierto. Como bien señala la sentencia: «debemos retener el dato de que la Comisión de Calificación no limita su actuación a elaborar una simple relación de candidatos seleccionados de entre todos los presentados, sino que, más aún, ha de añadir a su propuesta un informe razonado sobre las circunstancias individuales de los aspirantes (...) Lógicamente, ese informe debe hacer visibles los criterios y razones que han guiado su selección, de manera que quede constatado que el sentido de su propuesta guarda coherencia con esas razones y criterios». Estamos ante un trámite esencial: «La emisión de este informe se erige como un elemento esencial del procedimiento de adjudicación de la plaza, puesto que es a través del mismo como los

miembros del Pleno adquieren los principales datos precisos para formar su propio criterio y orientar de forma libre y responsable el sentido de su voto» (FJ 6.º).

Con este hilo de razonamiento, la sentencia llega a la exigencia de motivación. En este sentido, recuerda que el artículo 137 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial establece que «los Acuerdos de los órganos del Consejo siempre serán motivados», principio general del que no se hace ninguna exclusión explícita. Por lo tanto, también en casos como el ahora enjuiciado es preciso «que aflore expresamente en el nombramiento algún tipo de motivación que haga jurídicamente nítido que el acto no se ha extralimitado» (FJ 6.º). En este punto, de nuevo, la sentencia se aparta de la doctrina jurisprudencial precedente: «hemos de dar por superados anteriores pronunciamientos jurisprudenciales como los contenidos, v. gr., en las SSTs de 3 de febrero de 1997 y 30 de noviembre de 1999, donde sobre la base de la afirmación de una potestad de libre designación para nombramientos de cargos judiciales como el que ahora examinamos, se apuntaba la innecesaria e inexigibilidad de motivación; pues ya advertimos en la reciente sentencia del Pleno de esta Sala de 3 de marzo de 2005, que es este un tema “complejo y problemático”, “sobre el cual la jurisprudencia se halla en tránsito, entendido este término con el significado de que es probable que todavía no haya arribado a una conclusión firme y consolidada”» (FJ 6.º).

En conclusión, según la sentencia, no puede apreciarse la existencia de una motivación suficiente, por faltarle su presupuesto esencial, «si del acta no resulta, aunque sea de forma sucinta, el cumplimiento efectivo y adecuado del trámite previo de informe de la Comisión de Calificación al Pleno, tal y como antes lo hemos perfilado, pues es ese informe el que justamente suministra parte sustancial de los datos que permiten a cada uno de los vocales orientar su voto» (FJ 6.º). Cosa que efectivamente ocurre en el caso enjuiciado, repercutiendo «en la insuficiencia de la motivación última de la decisión sobre la adjudicación de la plaza, resultando de esta irregularidad formal un vicio procedimental con trascendencia invalidante, por privar a esa decisión de un elemento indispensable para alcanzar el fin que le es propio» (FJ 7.º). Todo ello conduce a la estimación del recurso interpuesto, si bien, dada la naturaleza formal o procedimental de los vicios apreciados, esa estimación «no ha de producir una anulación de la totalidad del procedimiento, sino la retroacción de actuaciones administrativas en el expediente de su razón, a fin de que se cumpla el trámite omitido de informe de la Comisión de Calificación y luego se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza mediante resolución motivada» (FJ 8.º).

Sin entrar en el examen detallado de su contenido, conviene destacar que el largo voto particular formulado discrepa de la sentencia, precisamente, en su razonamiento sobre la exigencia de motivación. Según el parecer de los discrepantes, en el caso presente se ha cumplido con el deber de motivación y, en todo caso, la falta de informe de la Comisión de Calificación sólo tiene el valor de una irregularidad no invalidante, por lo que el

recurso debió ser desestimado. En particular, el voto particular cuestiona el hecho de que la sentencia suponga un «cambio radical» (FJ 1.º, voto particular) respecto a una consolidada doctrina jurisprudencial en torno a la motivación de los nombramientos discrecionales, doctrina representada, entre otras, por la STS de 30 de noviembre de 1999, sobre el nombramiento del Presidente de la Audiencia Provincial de Pontevedra, y las SSTs de 12 de diciembre de 2000, 14 y 20 de octubre de 2003 y 20 de octubre de 2004, en relación con nombramientos de fiscales del Tribunal Supremo, atribuidos al Gobierno.

#### 6. *Examen de la posible existencia de un vicio de desviación de poder*

El último de los motivos de impugnación esgrimidos por el recurrente consiste en denunciar que el acuerdo de nombramiento incurre en un vicio de desviación de poder, que se fundamenta en la alegación de ser el nombrado el menos indicado o de los menos indicados o idóneos entre los aspirantes, en atención al puesto que ocupa en el escalafón y por no haber sido titular en la Sala de lo Penal, frente a otros varios candidatos que sí lo eran.

La sentencia no considera necesario entrar a analizar este motivo de impugnación, puesto que ya ha acogido el previo de la falta de motivación suficiente y, consecuentemente, ya ha encontrado base para la estimación del recurso. En su examen entra, en cambio, el voto particular. Se ve obligado a ello en tanto que afirma que la motivación habida era suficiente. Afrontando, pues, la acusación de la existencia de ese vicio, los Magistrados firmantes sostienen que «para la apreciación de la desviación de poder es necesario conseguir, al menos mediante presunciones, la demostración de que las motivaciones del acto fueron ajenas al interés público y que se dictó con olvido de que la actividad administrativa debe estar inspirada en los fines que la justifican, sin que baste mera sospecha del demandante, y menos cuando éstas son extraídas de una simple valoración subjetiva de los méritos del nombrado en relación con los demás aspirantes, siendo cierto que en el supuesto que nos ocupa no existe dato de hecho alguno para la apreciación del vicio que se denuncia» (FJ 5.º, voto particular). Para los Magistrados discrepantes, por tanto, el rechazo del argumento de la falta de motivación suficiente, y también del que imputa la existencia de un vicio de desviación de poder, debería haber conducido necesariamente a la desestimación del recurso interpuesto (AG).

### III. UN ACUERDO DE NATURALEZA SINGULAR: LA NOTAM EN MATERIA DE NAVEGACIÓN AÉREA. VICIOS FORMALES. LA CONVALIDACIÓN Y LA URGENCIA COMO ELEMENTOS SANADORES

El ente público Aeropuertos Españoles de Navegación Aérea (AENA) aprobó y comunicó la «Notam» C 0351/00, de 25 de enero de 2000, con el título «Restricciones operativas nocturnas por cuota de ruido».

La Notam, que se corresponde con el acrónimo anglosajón *notice to airmen*, es un aviso distribuido por medios de telecomunicación que contiene información relativa al establecimiento de cualquier instalación aeronáutica, servicio, procedimiento o peligro cuyo conocimiento oportuno es esencial para el personal encargado de las operaciones de vuelo.

La Notam en cuestión establecía una serie de prohibiciones de vuelo en determinados horarios nocturnos para aeronaves calificadas como CR-4, CR-8 y CR-16 (las calificaciones corresponden a diferentes niveles de cuotas de decibelios).

La Notam fue impugnada en alzada ante la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes y, posteriormente, en vía judicial por la Asociación de Líneas Aéreas de España y por la empresa Cygnus Air, S.A., dando lugar dichos recursos a sentencias desestimatorias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

La primera sentencia del Tribunal Supremo, relativa al recurso de la Asociación de Líneas Aéreas de España, tiene fecha de 6 de mayo de 2005, Ar. 4400, y en la misma se contienen los argumentos fundamentales en base a los cuales se desestimarán las alegaciones de los recurrentes. La posterior sentencia de 27 de julio de 2006, Ar. 4482, desestima el recurso de Cygnus Air, S.A. en base a los mismos argumentos, pero en dicho recurso se introduce una nueva cuestión sobre la que nos extendemos al final de este comentario.

Los argumentos de las entidades recurrentes que se reproducen en los dos recursos son los siguientes: nulidad de la Notam por haberse dictado por órgano incompetente, nulidad por ausencia del procedimiento debido para su aprobación y nulidad por ser contraria al Reglamento comunitario 2408/1992 del Consejo, de 23 de julio de 1992.

La primera de las sentencias citadas rechaza todos los argumentos de la recurrente con una extensa motivación. Admite, en primer lugar, la falta de competencia de AENA para aprobar la Notam, ya que la Ley 50/1998 establece que los procedimientos de disciplina de tráfico aéreo en materia de ruido corresponden al Ministerio de Fomento. Pero a continuación añade que el vicio de incompetencia no es de nulidad radical, por no tratarse de un supuesto de incompetencia material ni territorial [art. 62.1.b) de la Ley 30/1992]. Al estar ante un supuesto de mera anulabilidad el acto puede ser convalidado (art. 67 de la Ley 30/1992), cosa que ocurrió mediante resolución del Ministerio de Fomento. La convalidación sanó el defecto inicial y dio validez al acto impugnado.

En segundo lugar, se analiza la alegación de vicio procedimental por haberse prescindido del trámite de audiencia. En esta ocasión el Tribunal Supremo acoge la doctrina, a mi entender discutible, según la cual la infracción del carácter preceptivo del trámite de audiencia sólo comporta la nulidad del acto si ha causado indefensión, y no existe indefensión si el interesado puede alegar lo conveniente a sus intereses en sede de recurso administrativo o jurisdiccional. A ello añade que, dado el carácter urgente de muchas de las notificaciones contenidas en la Notam, no deben seguirse siempre las exigencias básicas del procedimiento administrativo, si bien

reconoce, y éste es un tema importante para la resolución del caso, que la Notam impugnada tiene un contenido singular en la medida en que limita derechos e intereses de la recurrente y requiere la aprobación del Ministerio de Fomento.

En todo caso, se concluye que los vicios de procedimiento no fueron totales y absolutos y que, además, las correcciones en defensa de los intereses de la recurrente pudieron plantearse en el recurso de alzada.

Por último, la pretendida vulneración del Reglamento comunitario también es rechazada. Para el Tribunal, la norma comunitaria permite a los Estados miembros imponer restricciones a la circulación de aviones cuando la finalidad sea proteger el sueño de la población contra las emisiones de ruido. Reconocida la competencia de los Estados, se lleva a cabo un interesante análisis para determinar si la medida adoptada respeta los principios de necesidad y proporcionalidad. Se concluye que sí se respetan dichos principios, en la medida en que la protección del derecho fundamental a la intimidad personal, lesionado por el ruido ambiental, debe prevalecer sobre los intereses económicos de las compañías, siendo además razonable el plazo establecido para exigir el cumplimiento de las limitaciones.

La sentencia de junio de 2006 reitera, como hemos dicho, todos estos argumentos, pero incorpora uno nuevo relativo a una nueva cuestión que le plantea la recurrente. El Tribunal desestimará también la nueva alegación con unos argumentos que, a nuestro juicio, son en este caso discutibles.

La recurrente añade en su recurso el argumento según el cual la Notam es una norma jurídica que se aprobó sin seguir el procedimiento establecido para su aprobación. Debemos significar que de la calificación de la Notam como norma jurídica se desprendería, además, la consecuencia de no poderse convalidar el vicio de falta de competencia para su aprobación, al limitarse la convalidación del artículo 67 de la Ley 30/1992 a los actos administrativos.

El Tribunal Supremo rechaza esta calificación y reitera que la Notam es una medida de disciplina concreta y singular en materia de tráfico aéreo, de acuerdo con lo ya expuesto en la sentencia antes comentada. Para el Tribunal, la finalidad de este tipo de acuerdos es facilitar «información necesaria para la navegación aérea, en ocasiones urgente y que puede estar asociada o no a decisiones administrativas sobre la misma, que no precisa más que su inmediata notificación a todos los afectados».

Pues bien, a nuestro entender, si aplicamos los criterios tradicionales para distinguir el acto de la norma, la Notam enjuiciada debería calificarse como norma. Estamos ante una resolución que se dirige a una pluralidad de sujetos, que no se agota en un acto de aplicación y que tiene vocación ordinal, ya que no resuelve una situación concreta, sino que establece para el futuro un marco regulatorio al que deben sujetarse todas las compañías aéreas. El hecho de que la resolución se notifique, y no se publique, no es un dato determinante de la naturaleza de la resolución.

No negamos que otras Notam puedan poseer la naturaleza propia de los actos administrativos, pero la que se enjuicia en este caso concreto creemos que poseía la naturaleza propia de las normas.

El Tribunal Supremo, como hemos dicho, no entra a examinar estos criterios y se limita a justificar la no sujeción de la Notam al procedimiento propio de las normas en razones de urgencia. Ahora bien, no se justifica la urgencia concreta en el caso de la Notam enjuiciada cuando, además, las medidas que se imponen no serán efectivas hasta pasados dos meses. Por otra parte, si la urgencia hubiera realmente existido podría haberse acudido a la teoría de los reglamentos de necesidad, lo que hubiera evitado tener que alterar la calificación de la naturaleza de la resolución examinada.

En definitiva, el enjuiciamiento de una resolución de contenido singular, la Notam, da lugar a unos razonamientos de indudable interés, elaborados por el Tribunal Supremo con la voluntad de salvar la validez y eficacia de dicha resolución (JT).

# INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
  - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
  - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



00171

9 770034 763905

19,00 €