

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

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

SUMARIO

I. LIBRE DESIGNACIÓN Y DESVIACIÓN DE PODER.—II. DE NUEVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR VULNERACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO.—III. EL SOMETIMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS AL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ACTUACIÓN COMO EMPRESA VERSUS ACTUACIÓN COMO AUTORIDAD.—IV. LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN EL DEPORTE: LOCALIZACIÓN PERMANENTE Y DERECHO A LA INTIMIDAD. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, DE 28 DE JULIO DE 2016: 1. *Marco regulador, controles de dopaje y deber de localización del deportista*. 2. *Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2014*. 3. *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2016*.—V. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: VISIÓN OMNICOMPRESIVA DEL SUPUESTO DE HABILITACIÓN LEGAL Y FALTA DE EXAMEN POR INTERÉS LEGÍTIMO COLECTIVO.

I. LIBRE DESIGNACIÓN Y DESVIACIÓN DE PODER

La provisión de puestos de trabajo en las administraciones públicas puede llevarse a cabo, de forma excepcional, por el sistema de libre designación. En este supuesto el margen de discrecionalidad del órgano convocante es muy amplio, pero ello no supone que su decisión no esté sujeta a determinadas reglas y principios y que, por tanto, el nombramiento no pueda ser objeto de control.

La Sentencia del Tribunal Supremo 879/2016 de 25 de abril, rec. 31/2015, es un muy buen ejemplo de cómo los tribunales pueden poner freno al abuso de la discrecionalidad, al mal ejercicio de la potestad administrativa de convocar puestos de trabajo y adjudicarlos, especialmente en los casos de libre designación.

El supuesto de hecho lo constituye la adjudicación de un puesto de trabajo convocado en el Tribunal de Cuentas (subdirector técnico de la Dirección Técnica de la Presidencia) por el sistema de libre designación,

adjudicación que se llevó a cabo tras un complejo procedimiento, ya que una primera convocatoria fue anulada (SSTS de 4 de febrero y 18 de diciembre de 2015) al advertirse ya graves irregularidades formales. Convocada de nuevo la plaza y adjudicada finalmente a quien la venía ocupando en comisión de servicios, se interpuso contra dicha adjudicación recurso de alzada, que fue desestimado por el Pleno del Tribunal de Cuentas. La desestimación del recurso de alzada fue recurrida ante el Tribunal Supremo, cuya sentencia estimatoria es la antes citada de 25 de abril de 2016 y que motiva este comentario.

Lo destacable de la sentencia es su contundencia y su decidido recurso a una interpretación amplia de la figura de la desviación de poder para anular una decisión dotada de amplio margen de discrecionalidad que, por sus antecedentes y por los elementos procedimentales concurrentes, supuso un claro ejercicio arbitrario de una potestad pública.

El Tribunal dejó sentado como punto de partida de su razonamiento que

es cierto que la jurisprudencia viene exigiendo que quien invoca la desviación de poder acredite la finalidad perseguida por el órgano administrativo distinta de la perseguida por el ordenamiento jurídico, pero no cabe olvidar que también tiene declarado este Tribunal Supremo que esa carga de la prueba que se atribuye al recurrente se cumple y la presunción de validez de los actos administrativos se destruye mediante presunciones sin que sea necesario una prueba directa y plena, siendo suficiente para lograr una razonable convicción del Tribunal de que se dio la divergencia de fines, bastando que ello quede acreditado indiciariamente.

A partir de aquí, tras el análisis de los hechos concurrentes, la sentencia afirma que la sucesión de acontecimientos constatados ponen de relieve la existencia de una «voluntad predeterminada del Tribunal de Cuentas de nombrar al Sr. Fructuoso para una plaza concreta». A ello se añade la referencia al contenido del informe del abogado del Estado en el recurso de alzada contra el nombramiento, recurso que fue expresamente desestimado. El citado informe es contundente, y en el mismo se pone de manifiesto la existencia de serias irregularidades en el nombramiento que se impugna, proponiendo la nulidad del acuerdo recurrido. Informe al que no se hizo caso. A mayor abundamiento se da cuenta de un voto particular de una consejera en contra del nombramiento del señor Fructuoso en el que también se ponen de manifiesto graves irregularidades en este proceso de designación mediante el sistema de libre designación.

Por todo ello se concluye que «lo hasta aquí dicho basta a juicio de esta Sala para llegar al convencimiento de que en el caso que nos ocupa el acto recurrido incurre en desviación de poder».

Se trata de una sentencia breve, clara, contundente, en la que se hace un correcto uso de la figura de la desviación de poder para poner coto a un uso arbitrario del poder público en la designación de puestos de libre designación, práctica por desgracia no excepcional. Los antecedentes, los informes internos, las circunstancias concurrentes pueden llevar a concluir, sin necesidad de tener que probar que el acto impugnado persigue una finalidad distinta de la querida por el ordenamiento al atribuir la potestad, que estamos ante un caso de desviación de poder. Y, por ello, se anula el nombramiento (JT).

II. DE NUEVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR VULNERACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

La responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho comunitario, declarada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, ha dado lugar a una abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Una jurisprudencia meditada, detallada, que ha debido hacer frente a importantes cuestiones dogmáticas y prácticas sobre la base de un muy limitado marco normativo interno, pero que por contra ha debido tener presente una notable jurisprudencia comunitaria que ha ido definiendo el alcance de la responsabilidad de los Estados miembros por vulneración del derecho comunitario.

La Sentencia de 18 de febrero de 2016, Rec. 12/2015, es un nuevo ejemplo de esta detallada construcción jurisprudencial al hilo de una nueva reclamación de responsabilidad como consecuencia de una sentencia del TJUE (27 de febrero de 2014, C-82/12) que declaró contraria a derecho comunitario la regulación del impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos, regulación interna llevada a cabo por la Ley 12/2012 de 29 de junio. Una regulación que permitía a las comunidades autónomas crear un impuesto propio sobre estas ventas. Anulada la norma estatal, el reclamante solicitó como indemnización por responsabilidad administrativa el pago de lo que abonó en base a una norma interna declarada contraria al derecho comunitario.

A nuestro juicio, lo particularmente destacable de la sentencia es la claridad con la que se van exponiendo los diversos argumentos que llevan al Tribunal a estimar el recurso.

En primer lugar, y dado que se trata de una reclamación de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del derecho comunitario, se examina si existe un daño antijurídico, es decir, si el incumplimiento del derecho comunitario (hecho indiscutible) es una violación «suficientemente caracterizada», toda vez que la mera existencia de una sentencia del TJUE declarando el incumplimiento del derecho comunitario no conlleva el nacimiento del derecho a ser indemnizado. El daño no es soportable, y por tanto será antijurídico, si la vulneración del derecho comunitario por el legislador interno fue «suficientemente caracterizada».

Para resolver este primer punto la cuestión se centra en determinar si el impuesto especial creado por la norma española tenía o no una »finalidad específica«, pues la Directiva comunitaria exigía esta finalidad para poder crear estos impuestos. Por tanto, se analiza si este requisito era algo concreto, definido, que el legislador español conocía, pues de ello depende que la vulneración del derecho comunitario sea o no suficientemente caracterizada.

En este punto el Tribunal lleva a cabo un detallado análisis de esta cuestión con referencia a jurisprudencia del TJUE, y concluye que la referencia comunitaria a una finalidad específica suponía que los rendimientos del impuesto debían favorecer una finalidad no presupuestaria, y que la ley española no cumplía con esta finalidad ya que daba a los impuestos que permitía crear una finalidad presupuestaria no específica. Como dice la sentencia:

[...] la finalidad del artículo 3.2 de la Directiva, a tenor de la citada Sentencia del TJUE, por remisión a las conclusiones del abogado general (apartados 25 y 26), se concreta en que dicho impuesto esté concebido, por lo que respecta a su estructura, hecho imposible o tipos de gravamen, de tal forma que disuada o incentive una determinada actuación. En este caso, que dicha estructura del impuesto disuada a los contribuyentes de utilizar hidrocarburos, o que fomente el uso de otros productos cuyos efectos sean menos nocivos para la salud y el medioambiente. Y nada de esto acontecía en el caso examinado.

Para determinar si existe o no una suficiencia de la caracterización de la infracción se añade un segundo análisis. Se examinan las circunstancias que rodearon la creación del impuesto, incluyendo entre estas circunstancias concurrentes la interpretación que venía haciendo el TJUE sobre el significado del artículo 3.2 de la Directiva sobre impuestos especiales. Es decir, se trata de determinar si en enero de 2002, cuando entra en vigor el impuesto, se conocía o se podía conocer ya con un

cierto grado de precisión que el mismo era disconforme con el derecho comunitario. Si este conocimiento existía, la infracción del derecho comunitario estará suficientemente caracterizada y podrá fundar la acción de responsabilidad.

Pues bien, la sentencia se remite a dos sentencias del TJUE anteriores al año 2002 (de 24 de febrero del 2000, C-434/97 y 9 de marzo de 2000, C-437/97), en las que esta cuestión fue analizada y concluye que a tenor de las mismas resultaba indiscutible que la finalidad específica del artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE era incompatible con una finalidad meramente presupuestaria como la que tenía la norma interna española.

Por último, aún dentro del análisis de si existe o no una violación suficientemente caracterizada del derecho comunitario, se recurre a un tercer examen consistente en analizar la relación entre las instituciones comunitarias y las españolas para el establecimiento del impuesto y las circunstancias que rodearon su creación. Expuestos los hechos en los que se manifiesta esta relación se afirma que, a tenor de los mismos, se debe concluir que las autoridades españolas conocían la postura de la Comisión a la entrada en vigor del impuesto controvertido y aún más durante su vigencia por más de diez años.

La conclusión final sobre la naturaleza de la vulneración del derecho comunitario por parte del legislador español es que se trata de una vulneración suficientemente caracterizada, lo que supone que concurra el requisito de antijuridicidad. Así la sentencia afirma que

por ello consideramos que aunque pudiera sostenerse que el mero contraste de las dos normas (artículo 9 de la Ley 24/2001 y el artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE) podría no revelar una infracción suficientemente caracterizada y ello explica las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia. La interpretación de dicho artículo 3.2 por la jurisprudencia del TJUE, además de las consideraciones que hace la expresada STJUE de 27 de febrero de 2014 (TJCE 2014, 1) (apartados 41 y siguientes), y las uniformes e insistentes comunicaciones de las instituciones comunitarias a las españolas poniendo de manifiesto dicha infracción, nos lleva a la conclusión de que podía y debía haber sido conocida esa vulneración normativa, al tiempo de la implantación del impuesto. De modo que la violación del derecho comunitario tenía el grado de claridad suficiente para ser considerada como suficientemente caracterizada.

En segundo lugar se examina si concurre el presupuesto de relación de causalidad, lo que se examina desde una doble perspectiva. Por un lado existe una clara relación de causalidad entre la ley cuestionada y el daño

causado. La relación de causalidad es *directa* porque la parte recurrente ha sufrido un daño de carácter económico, que es antijurídico porque no tiene el deber de soportar, derivado de una actuación de los poderes públicos, que se concreta en la aplicación de una norma legal contraria al derecho de la Unión Europea, cuando entre ambos elementos media un vínculo causal. Y es de carácter directo porque la aprobación de la Ley 24/2001, que crea el impuesto, y los sucesivos actos de aplicación, generan un daño económico en forma de repercusión derivada de las sucesivas liquidaciones tributarias. Sin lo primero, esa actuación de los poderes públicos, no se hubiera producido lo segundo, el daño o perjuicio económico. De ahí su carácter necesario, pero también se afirma que la relación es directa respecto el legislador estatal, sin perjuicio de que las administraciones beneficiarias pudieran ser las autonómicas. En este punto señala que:

[...] si bien es cierto que la configuración del impuesto permite que junto al tipo estatal, se aprueben tipos impositivos adicionales por las comunidades autónomas, y así lo hicieron algunas, lo cierto es que es la citada Ley 24/2001 la que establece un diseño y estructura del impuesto contrario al Derecho de la Unión Europea. Es el artículo 9 de la Ley 24/2001 el que transgrede el artículo 3.2 de la Directiva de impuestos especiales armonizados, dando lugar al ingreso de cantidades económicas por la aplicación de un impuesto, cuya invalidez ha sido declarada.

En tercer lugar se desestima el argumento del abogado del Estado consistente en sostener que el principio de seguridad jurídica impediría reconocer la responsabilidad del Estado legislador por aplicación del principio de cosa juzgada y el carácter firme de las liquidaciones practicadas. Para el Tribunal, de acuerdo con su propia jurisprudencia, el principio de cosa juzgada, la firmeza o no de las liquidaciones, tanto si fueron impugnadas en su día como si no, o el hecho de haber prescrito el derecho a la devolución de ingresos indebidos, no se oponen al reconocimiento de la responsabilidad. La acción de responsabilidad nace con la sentencia que declara la disconformidad de la ley interna con el derecho comunitario, y no anula el efecto de cosa juzgada de sentencias judiciales anteriores. La acción de responsabilidad se fundamenta en la reclamación de una indemnización que se fundamenta en haber sufrido un daño que no se tenía que soportar.

En este punto procede hacer una consideración teniendo en cuenta lo que establece en materia de responsabilidad la nueva Ley 40/2015. En concreto lo que establece su artículo 32,5:

Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

El precepto legal recuerda los requisitos sustanciales para que surja la responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del derecho comunitario, pero añade un requisito de carácter procesal de singular relevancia. La acción solo procederá si «el particular ha obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del derecho de la Unión Europea posteriormente declarada». Por tanto, en contra de la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo, si el particular lesionado se aquietó frente a los actos aplicativos de la ley contraria al derecho comunitario, esperando a que una futura sentencia del TJUE declarase que la ley interna era contraria al derecho comunitario para proceder a ejercer la acción de responsabilidad, en la actualidad y de conformidad con lo establecido en el precepto transcrito, quien haya actuado de esta forma ya no podrá reclamar por responsabilidad del Estado legislador. La Ley 40/2015 exige que el particular se haya mostrado activo frente a los actos de aplicación de la ley, impugnándolos y señalando en su recurso la ilegalidad de la ley aplicada por vulneración del derecho comunitario.

Finalmente el Tribunal rechaza que exista enriquecimiento injusto, lo que solo se daría si el reclamante hubiera obtenido a su vez la devolución de lo abonado en base a una acción de devolución de ingresos indebidos.

En definitiva, como decíamos, se trata de una sentencia relevante por el rigor y claridad con la que se van analizando los diversos problemas fácticos y dogmáticos que concurren cuando se plantea una acción de responsabilidad del legislador por incumplimiento del derecho comunitario. La sentencia se acompaña con un voto particular del magistrado José Luis Requero, también sólidamente argumentado y centrado en la

no existencia a su juicio de una violación «suficientemente caracterizada», que aporta reflexiones también de interés para la construcción de la doctrina sobre la responsabilidad del Estado legislador (JT).

III. EL SOMETIMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS AL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ACTUACIÓN COMO EMPRESA VERSUS ACTUACIÓN COMO AUTORIDAD

La Sentencia de 18 de julio de 2016, Rec. 2946/2013, ponente CALVO ROJAS, resuelve un recurso de casación de la Administración del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de julio de 2013 (Rec. 626/2011, ponente ACÍN AGUADO), que estimaba el recurso contencioso de la Junta de Andalucía contra la resolución del Consejo Nacional de la Competencia (CNC) de 6 de octubre de 2011 (Expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez), en la parte que declaraba a la Consejería de Agricultura y Pesca responsable de una infracción del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio, LDC) y del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por práctica concertada para fijar precios de uva y mosto durante un determinado período. En concreto, la declaración de responsabilidad se hizo al entender que la Junta desempeñó un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución de dichos acuerdos entre determinados productores y bodegueros, contribuyendo así a restringir de manera grave y prolongada la competencia en ese mercado. Ello se le imputaba por haber participado en la adopción de un plan estratégico en el que se fijaban los precios; por asumir la presidencia y participar en reuniones de seguimiento de dicho plan y por velar por su adecuado cumplimiento, incluyendo una propuesta de revisión.

La Junta aducía en el recurso ante la Audiencia Nacional (AN), entre otros argumentos, que no era posible declarar su responsabilidad por carecer, dicha Administración autonómica, de carácter de empresa y/o operador en el mercado. Es decir, planteaba que no había intervenido en condición de empresa y/o operador en el mercado, sino en el ejercicio de sus competencias de ordenación y planificación sectorial. Este argumento resulta acogido por la sentencia de la Audiencia objeto de casación. Señalaba la sentencia de la AN que no se discute que la Junta no actuó como operador económico, y que es la primera vez que la CNC declara esta responsabilidad aun reconociendo que la Administración carece en este caso de la condición de operador económico, haciéndolo en concepto de facilitador. La Sala de la Audiencia no comparte ese

camino, citando al efecto jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la definición de *empresa* y de *actividad económica*. La sentencia de la AN obtenía de ello una conclusión clara: «conforme a esta jurisprudencia las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público están fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre competencia y sólo en el caso de que actúen en el mercado como operadores económicos pueden ser considerados sujetos infractores de las mismas» (FJ 3). Y así, añadía la sala de la AN que el hecho de que la Administración se hubiera podido extralimitar en el ejercicio de sus competencias no permite variar la calificación de su actividad para pasar a ser considerada económica, ya que sigue estando fuera del ámbito de aplicación de la normativa de defensa de la competencia. En el contexto de la LDC, solo si interviene como operador económico puede ser declarada responsable una Administración, entendía, pues, la AN. Para añadir a continuación que si no es así la CNC solo tiene legitimación para impugnar la actuación de la Administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con el art. 12.3 LDC, precepto ahora derogado pero que sustancialmente recoge el art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Con ello, además, la sentencia ahora casada señala su coincidencia con el criterio del voto particular de la resolución de la CNC impugnada (de la consejera GONZÁLEZ LÓPEZ).

Hemos de señalar también que el abogado del Estado, en el planteamiento de la casación, entre otros aspectos alega la inviabilidad de acudir en este caso a los tribunales contenciosos, dado que en el supuesto controvertido no nos hallamos ante disposiciones o actos administrativos, sino ante una actuación material (convocatoria de reunión, impulso, seguimiento...).

Antes de comentar cuál es el sentido de la resolución del Supremo, es pertinente parar un momento para señalar la enjundia de los temas implicados, derivados de la selección que hemos realizado de los antecedentes: 1) la definición de la esfera de posibles responsables en uno de los ámbitos, la defensa de la competencia, en que mayor importancia ha adquirido el derecho sancionador; 2) la determinación de las actuaciones de una Administración Pública, formal y materialmente, como operador económico o como poder público que actúa con repercusiones en la vida económica; 3) los instrumentos de tutela de la libre competencia por parte del regulador independiente ante conductas que involucran dichas actuaciones de administraciones públicas y 4) las modalidades de actuación o de participación en una conducta que pueden conllevar la

declaración de comisión de una infracción administrativa. Serían cuatro bloques de cuestiones que ilustrarían la relevancia del tema en juego. Si por regla general siempre suelen ser interesantes o peculiares los procesos contenciosos en que las dos partes son poderes públicos, podemos decir que en este supuesto ese peculiar interés se acentúa al menos por dos motivos: a) la actuación de una autoridad independiente, con posible diversidad de instrumentos, para la protección de la libre competencia y en casos que implican actuaciones de una Administración Pública; b) la gran distinción entre actuación de una Administración, en este caso autonómica, como operador económico o como autoridad pública que ejerce sus potestades, gran tema que hace imprescindibles los enfoques materiales del derecho de la Unión Europea, que han cambiado definitivamente las reglas del juego en las relaciones entre el Estado y el mercado. De hecho, si atendemos a lo antes recordado sobre la novedad que representa desde el propio punto de vista de actuación de la autoridad de defensa de la competencia, que no contaba con precedentes de este tipo, el caso asume ya visos de una auténtica singularidad. Veamos, pues, cuál es esa singularidad y qué respuesta le da el Supremo.

Que a las administraciones públicas les resulta de aplicación el derecho de defensa de la competencia y que ello va de la mano de un concepto amplio de *empresa* y material de *actividad económica*, es algo ya bien sabido y que recogen tanto la resolución de la CNC impugnada como las sentencias recaídas en el caso. No hace falta insistir más en ello, regularmente nos viene recordado por documentos de la UE en este y otros ámbitos, como por ejemplo la reciente comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal publicada en el DOUE de 19 de julio de 2016.

Lo que aquí se somete a consideración es un paso más: ¿puede una Administración Pública ser considerada sujeto infractor de la legislación de defensa de la competencia cuando, incluso reconociéndose que en este caso no actúa estrictamente como operador económico, ha llevado a cabo una conducta, en extralimitación de sus potestades, que ha incidido negativamente en la competencia de un determinado mercado? ¿O bien en dichos casos el único mecanismo del que dispone el regulador de la competencia es la impugnación de dicha conducta ante la jurisdicción contenciosa, de acuerdo con el art. 12.3 LDC? La respuesta del Supremo va en la línea de la primera alternativa, y por tanto se vuelve a situar en la tesis sostenida por el voto mayoritario que dio lugar a la resolución de la CNC. Estimando la casación, y aclarando que las sentencias del TJUE citadas por la AN no conducen a la conclusión que esta acoge, el Supremo incide en que la sujeción al derecho de la

competencia viene dada por la capacidad de la conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia. Su traducción en la responsabilidad sancionadora no le ofrece dudas, ya que pese a no existir en el derecho administrativo sancionador la categorización dogmática de las formas y grados de participación en la conducta infractora (tampoco en las Leyes 39 y 40/2015), sí existen manifestaciones sectoriales de ello, una de ellas precisamente en el art. 64.2 LDC. Así, la participación en la conducta infractora del art. 1 LDC puede darse en diferentes grados y formas, sin excluir las categorías tradicionales del derecho penal como instigador, inductor o cooperador necesario. Pero, sobre todo, volviendo de nuevo al argumento de que en este caso no se actuaba como operador de mercado, el TS afirma que no siempre es fácil determinar si una Administración Pública está actuando o no en ejercicio de potestades públicas, sobre todo si como en el caso no se exterioriza en actos formales, de manera que la impugnación de esta actividad resultaría, se dice, escasamente viable. En ese sentido se invoca la sentencia de la misma sala y ponente de 9 de marzo de 2015 (Rec. 294/2013), en la que se trataba de una conducta restrictiva del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, consistente en acuerdo de turnos rotatorios para suministro. Y el criterio que resultaría determinante es, a la vista del art. 4 LDC, la aptitud de una conducta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado. En este caso la actuación de la Junta desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia. Y la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a la vía impugnatoria, sobre todo en actuaciones materiales como las del caso. Las dudas jurídicas presentes en el caso inclinan al Supremo a no condenar en costas, nada de extrañar a la vista de las fundamentadas argumentaciones en sentidos opuestos desde la propia resolución impugnada.

A la vista de las conclusiones obtenidas por el Supremo en esta sentencia, se nos plantean los siguientes aspectos que dejamos abiertos para el debate.

Pese a que se hace explícito el carácter determinante, para optar por la tesis defendida, del elemento de la aptitud de la conducta, sea de quien sea, para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado, no es menos cierto que el Supremo llega también a este resultado empujado por dos elementos más: el carácter dificultoso de definir cuándo la Administración actúa o no en ejercicio de potestades públicas, y la necesidad de no limitar los medios de reac-

ción del regulador de la competencia a la vía impugnatoria abierta por el art. 12.3 LDC, sobre todo cuando estamos ante actuaciones materiales, como sería el caso. La instrumentación técnica de la posibilidad de dilucidar en conductas facilitadoras una responsabilidad administrativa sin contar con las técnicas penales deja el camino expedito, por lo que dejaremos de lado ahora esta cuestión, dado su carácter instrumental.

Sobre el contexto de la decisión material aquí en liza y el debate acerca de su supuesta dificultad para ser formalmente impugnada ante el contencioso, señalaremos dos cosas. La primera es la necesidad de no perder de vista, de manera coherente con los esfuerzos doctrinales ya bien conocidos, las implicaciones de la superación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido, que la letra del art. 12.3 LDC limite a «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al derecho administrativo y disposiciones generales» el objeto de la impugnación, no parece que pueda dar lugar a una interpretación restrictiva, dada la voluntad del legislador de 2007 precisamente de reforzar los mecanismos de la CNC contra actividades administrativas que puedan incidir negativamente en la competencia (en ese sentido se pueden ver algunas aportaciones en la obra dirigida por Javier GUILLÉN CARAMES, *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, Civitas, 2013). En segundo lugar, es pertinente traer aquí a colación el voto particular antes indicado de la Resolución de la CNC, en el que se recordaba que precisamente la introducción por parte del legislador de 2007 como novedad de la posibilidad de que la CNC impugne ante los tribunales actos de las administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en este ámbito, hizo visible la preocupación por este tipo de supuestos, y resultaría innecesario si toda actuación administrativa, como empresa o no, quedara sujeta al ámbito de aplicación de la LDC. De este modo, habría una clara correspondencia entre este nuevo mecanismo y las actuaciones administrativas que suponen ejercicio de potestades y prerrogativas públicas y entre la posibilidad sancionadora y la actuación administrativa en condición de operador económico. La premisa para sancionar a una Administración Pública como a cualquier otro sujeto derivaría de que su actuación lo es en condición de empresa, de operador económico (puede verse también al respecto la obra antes citada). Este sería el núcleo duro de la controversia.

La misma ampliación del objeto del recurso contencioso-administrativo a la inactividad administrativa y a la vía de hecho operada por la Ley de la Jurisdicción de 1998 ofrece una clave favorable a interpretar la regla sobre la legitimación de la CNC de acuerdo con la configuración

amplia del propio recurso contencioso-administrativo. Al Tribunal Supremo le condiciona que en este caso la conducta de la Administración discutida consistiese en actuaciones materiales. Pero ante ello, disponía de otra opción interpretativa: entender que el art. 12.3 LDC no restringe la legitimación de la CNC a la impugnación de actos sujetos a derecho administrativo y a disposiciones generales, sino que de acuerdo con la actual configuración de la LJCA cabría extenderla a todos los posibles objetos del recurso contencioso-administrativo, incluidas las actuaciones materiales o vías de hecho.

Esta opción hubiera supuesto incidir en el estatus de la CNC, ampliando una de sus posiciones subjetivas, la legitimación ante la JCA, pero ello tendría una repercusión más suave sobre el conjunto del tramado institucional de los distintos poderes públicos. En cambio, con la solución adoptada por el Tribunal Supremo, no solo se incide en la posición subjetiva de la CNC, sino, mucho más profundamente, en el estatus de todas las administraciones públicas, de la Administración Pública como institución, en su fundamental posición como poder público. La consecuencia es mucho más grave. Aunque ya se ha dicho que el argumento sobre la legitimación de la CNC no es determinante, podemos ver cómo el Tribunal Supremo opta por «forzar» —si se permite la expresión— la interpretación de las normas sustantivas referidas a los sujetos afectados por la LDC en lugar de hacerlo respecto de las normas adjetivas sobre la legitimación de la CNC.

La sentencia del Supremo deriva del criterio determinante (el de la capacidad de la conducta para incidir en el mercado y para restringir la competencia) de la jurisprudencia del TJUE, la misma que la AN había invocado para argumentar en un sentido opuesto. Esto por sí mismo obliga a estar especialmente atentos a los matices y a los contextos de los singulares pronunciamientos de los tribunales de la UE. En este caso, no se puede dudar de la contundencia del criterio del TJUE a la hora de prescindir del estatuto jurídico de una entidad a la hora de calificar su actividad como económica o no, ni tampoco de la importancia del criterio de la capacidad de repercusión de una conducta en la distorsión de la competencia. Esto segundo es algo que quedó especialmente claro en el caso *Treuhand* (STJUE 22/10/2015, C-194/14 P), aunque debe recordarse que en tal supuesto lo que se dilucidaba era «si una empresa asesora puede considerarse responsable de la infracción del artículo 81 CE, apartado 1, cuando dicha empresa contribuye activamente y con total conocimiento de causa a la puesta en marcha o al mantenimiento de un cartel entre productores que operan en un mercado distinto de aquel en el que opera la citada empresa» (&26). La sentencia del Supremo objeto

de comentario, por su parte, vincula este aspecto al caso *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* (STJUE 28/02/2013, C-1/12). Esta sentencia afirmó claramente que: «Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado FUE una actividad que, por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto, es ajena a la esfera de los intercambios económicos o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público» (& 40). Y aunque ciertamente acaba considerando que un reglamento dictado por un colegio profesional debe considerarse una decisión adoptada por una asociación de empresas a efectos del art. 101 TFUE, ello deriva de que le es exclusivamente atribuible (sin intervención del Estado) y se refiere a un mercado en el que el propio colegio profesional desarrolla una actividad económica. Así, esta sentencia precisaba también que «cuando adopta un reglamento como el aquí controvertido, un colegio profesional como la OTOC no ejerce prerrogativas del poder público, sino que se configura más bien como el órgano regulador de una profesión cuyo ejercicio constituye, por otro lado, una actividad económica» (& 46). Se seguía con ello la jurisprudencia del caso *Wouters* (STJUE 19/02/2002, C-309/99), cuyos pasos conviene seguir detenidamente en una cuestión ciertamente compleja (especialmente & 44-71 y 111-115), en la línea de no permitir excluir *a priori* a un colegio profesional del ámbito de aplicación del derecho de defensa de la competencia, ni siquiera en ejercicio de su función reguladora, y de verificar los requisitos que son necesarios para llegar a esa conclusión.

Es también digno de mención el precedente utilizado por la sentencia del Supremo, la del caso antes mencionado de los turnos rotatorios de farmacias en Castilla-La Mancha. En efecto, dicha sentencia apunta la importancia de la idea del concepto amplio de empresa y del efecto material dañoso sobre la competencia de la conducta en cuestión, en este caso en forma de concierto o acuerdo con el Consejo de Colegios de farmacéuticos. Pero hay que recordar que la resolución de la CNC de aquel caso, de 14 de abril de 2009 (Expte. 639/08 Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha), que, por cierto, estableció un hilo directo entre el carácter determinante de los efectos reales de la conducta sobre la competencia y la necesaria naturaleza económica de la actividad (FJ 3), finalmente, no sin interesantes explicaciones previas y ciertas dudas, optó por entender que en aquel caso el SESCAM «no habría actuado como regulador sino como operador económico». Esto confirma que, ciertamente, por discutible que pudiera ser este caso, es la Resolución de la CNC de 2011, en el origen de la sentencia aquí comentada, la que por primera vez declara este tipo de responsabilidad. En efecto, su FJ

12 señala «la ausencia de pronunciamientos previos por parte de este Consejo en los que, por una infracción de la normativa de defensa de la competencia, se reconociese la responsabilidad de una Administración Pública careciendo de la condición de operador económico y en concepto de facilitador; lo que, en cierta medida, supone un cambio de criterio respecto a expedientes precedentes». Lo cual además se conecta con la sanción a imponer, como veremos ahora mismo. Pero en todo caso, la trascendencia que la Sentencia otorga en el discurso argumentativo a su propio precedente referido al caso de los farmacéuticos de Castilla-La Mancha no se corresponde fielmente con el razonamiento sustantivo entonces utilizado.

Un comentario adicional sugiere, en efecto, la perspectiva sancionadora en sí misma. En esta sentencia, como en la precedente antes citada también del Supremo, y siguiendo el criterio de la mayoría del Consejo de la CNC, se pone el énfasis en el efecto materialmente vulnerador de la competencia de las actuaciones implicadas de los poderes públicos. Este efecto material de la conducta conduce a desestimar la pretensión de la Administración Pública que no actuaba como empresa, y apela directamente a la procedencia del mecanismo sancionador, lo cual, unido al concepto amplio y material de empresa (en sí mismo indiscutible) podría llegar a difuminar las consecuencias de la distinción entre actuación como autoridad y actuación como empresa. Como ya se viene viendo, se encierra ahí una cuestión de mucha más enjundia que afecta a la concepción institucional de los poderes públicos en cuanto tales, concepción que tal vez podría derivar hacia una perspectiva exclusivamente formal: solo el poder público ejercido a través de un procedimiento formalizado y expresado a través de un acto administrativo o de una disposición general es verdadero ejercicio de la autoridad pública. Su concreción al ámbito específico de la regulación económica podría suscitar algunas controversias adicionales, habida cuenta de la mutabilidad de las técnicas regulatorias.

Pero además, como decimos, se plantea la idoneidad del mecanismo sancionador. Un mecanismo sancionador que tiene como contrapunto la legitimación de impugnación *ex art. 12.3 LDC* y que, queremos apuntar ahora, en el caso aquí examinado, llevó a declarar a la Administración de la Junta de Andalucía como autora de la conducta pero sin imponerle multa alguna, de modo expreso. Dicho de otra manera, si el esfuerzo por legitimar la vía sancionadora conduce finalmente a esa decisión, ¿se estará optando por la vía de reforzar el aspecto más simbólico de la potestad sancionadora? Esto es algo que también habrá que comprobar con el tiempo, ya que dicha decisión de no imponer multa viene también

justificada en la resolución de la CNC por lo novedoso de la situación en relación con casos anteriores.

La sentencia analizada, siguiendo el criterio de la mayoría del Consejo de la CNC y casando la sentencia de la Audiencia Nacional, que a su vez secundaba el criterio del voto particular de la Resolución sancionadora de la CNC, implica aceptar la responsabilidad infractora de una Administración Pública sin actuar en el caso concreto en condición de operador económico. Es un paso que nos obliga a volver sobre la distinción fundamental entre actuación de la Administración como operador económico o como autoridad pública, que se correspondería respectivamente con los instrumentos sancionador e impugnatorio en manos de la CNC o actual CNMC. Una visión, la de la sentencia, que pone énfasis en el elemento del desvalor de la actuación administrativa, partiendo de una aceptada dificultad práctica frecuente de deslindar ambos ámbitos, y que ha hecho posible la entrada del primer instrumento (sancionador, aunque con la peculiaridad antes comentada) en el segundo ámbito (actuación en condición de autoridad). Podríamos entender que con ello se atiende a una mayor complementariedad entre ambas reacciones (la que tiende a reprobar una conducta —la sanción— y la que tiende a eliminar jurídicamente la existencia de un acto o disposición —la impugnación al contencioso—), especialmente en aquellos supuestos en que se antoja más compleja, por la naturaleza de la forma administrativa de actuación, la impugnación ante el contencioso. La continuidad o no en todos sus matices de esta tendencia jurisprudencial, en los casos que se cuestione, será realmente muy interesante de seguir. Está en juego la propia concepción del poder público como actuación sujeta a distintos —¿y adecuados?— mecanismos de control (FR y TF).

IV. LÍMITES DE LA LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN EL DEPORTE: LOCALIZACIÓN PERMANENTE Y DERECHO A LA INTIMIDAD. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, DE 28 DE JULIO DE 2016

1. *Marco regulador, controles de dopaje y deber de localización del deportista*

Los poderes públicos se han implicado, en el ámbito de sus respectivas competencias, en la protección de la salud en el deporte, mediante la realización de un conjunto de acciones dirigidas a asegurar que la práctica deportiva se realice en las mejores condiciones para la salud de

los deportistas, así como para que se prevengan las consecuencias perjudiciales que puedan provenir de la actividad deportiva, especialmente en el deporte de alta competición.

Es en este contexto que debe entenderse la aprobación de todo un conjunto de normas que tienen como finalidad declarada la lucha contra el dopaje en el deporte. El lugar central de este bloque normativo lo ocupaba la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte (en adelante, LO 7/2006), derogada por la actual Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva (en adelante, LO 3/2013). El desarrollo reglamentario se contiene en el todavía vigente, aunque con modificaciones, Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte (en adelante, RD 641/2009).

El instrumento central para conseguir el objetivo de erradicar el dopaje en la práctica deportiva son los controles de dopaje. La legislación impone la obligación de someterse a estos controles a todos los deportistas con licencia federativa estatal o autonómica homologada, habilitados para participar en competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal. Los controles serán aquellos que determine la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte o, cuando corresponda, las federaciones deportivas españolas (artículos 5.1 de la LO 7/2006 y 11.1 de la LO 3/2013).

Con la intención de asegurar el objetivo indicado, esa misma legislación prevé expresamente que los controles de dopaje pueden practicarse no solamente en competición, sino también fuera de ella. Se advierte legalmente, además, que los controles fuera de competición pueden realizarse por sorpresa o bien previa citación. El control por sorpresa es definido como aquel «que se produce sin previo aviso al deportista y en el que el deportista es continuamente acompañado desde el momento de la notificación hasta que facilita la muestra». Por su parte, el control dirigido o por citación consiste en la «selección de deportistas para la realización de controles, conforme a la cual se seleccionan a deportistas o grupos de deportistas concretos sin base aleatoria, para realizar los controles en un momento concreto» (ambas definiciones se recogen en el anexo I de la LO 3/2013). En el caso del control por sorpresa, la obligación impuesta se traduce en el sometimiento a dicho control. En el control previa citación, la obligación alcanza al deber de comparecer y de sometimiento al control (artículos 5.1 de la LO 7/2006 y 11.1 de la LO 3/2013).

La realización de controles previa citación afectará especialmente a los deportistas que formen parte de los «grupos de seguimiento» (artículo 11.1 de la LO 3/2013). Por grupo de seguimiento entiende la ley:

[... un] grupo de deportistas de alto nivel identificados por cada federación internacional u organización nacional antidopaje, y que están sujetos a la vez a controles en competición y fuera de competición en el marco de la planificación de controles de la federación internacional o de la organización nacional antidopaje en cuestión. Cada federación deberá publicar una lista en la que figuren los deportistas incluidos en su grupo de seguimiento, ya sea indicando su nombre o estableciendo criterios específicos y definidos claramente (definición recogida en el anexo I de la LO 3/2013).

Para hacer materialmente posible la realización de los controles de dopaje y que puedan practicarse con la mayor eficacia posible, la legislación impone a determinados sujetos, «en los términos que reglamentariamente se establezcan», la obligación de suministrar los datos que permitan la «localización habitual» de los deportistas. Los sujetos obligados no son únicamente los deportistas, sino que también pueden serlo sus entrenadores, equipos y clubes y los directivos (artículos 5.3 de la LO 7/2006 y 11.3 de la LO 3/2013).

El alcance y la forma de realización de las diferentes modalidades de control de dopaje deben determinarse reglamentariamente. La ley advierte, no obstante, que ese desarrollo reglamentario debe procurar una adecuada «ponderación» o «conciliación» de los derechos fundamentales de los deportistas y de las necesidades materiales para la efectiva realización de los controles, particularmente en el caso de que se practiquen fuera de competición (artículos 5.1 de la LO 7/2006 y 11.1 de la LO 3/2013). En concreto, y en lo referente a la obligación de suministro de información sobre la localización habitual de los deportistas, se prevé legalmente que la norma reglamentaria podrá concretar esa obligación en función de las características de la práctica deportiva y, en su caso, de la inclusión de los deportistas en los «planes individuales de control» de ámbito estatal o internacional (artículo 11.3 de la LO 3/2013).

El desarrollo reglamentario ha tenido lugar con el vigente Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, que dedica el capítulo III de su título IV a la «localización de deportistas». Su artículo 43 impone a los deportistas la obligación de facilitar los datos que permitan su «localización habitual» mediante la cumplimentación del formulario que, a través de la correspondiente resolución, apruebe el presidente del Consejo Superior de Deportes. Conviene destacar, sin embargo, que ese formu-

lario no es único, sino que el precepto distingue subjetivamente dos situaciones.

La primera, de carácter general, se refiere a la información que deben suministrar todos los deportistas con licencia que habilite para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal. La segunda, en cambio, se refiere a una «obligación específica» de información, más rigurosa, que deben cumplir los deportistas incluidos en el «plan individualizado de controles». Este plan incluye a los deportistas que, atendiendo a las circunstancias de orden deportivo, médico o personal, y de acuerdo con los criterios establecidos en el propio reglamento (entre otros, haber sufrido el deportista una lesión, haberse retirado o ausentado de una competición en la que tenía prevista su participación, iniciar o finalizar un período de baja, tener un comportamiento que pudiera ser indicador de utilización de dopaje, experimentar una repentina y significativa mejora del rendimiento, encontrarse próximo a la retirada de la competición o al cambio de categoría, reiniciar la competición tras cumplir una sanción, la percepción de incentivos económicos por la mejora de su rendimiento, asociarse con un entrenador o un médico con antecedentes por la realización de prácticas de dopaje y también el incumplimiento reiterado del deber de facilitar la información relativa a sus datos de localización) deban ser objeto de control y seguimiento (artículos 41.1 y 69 del RD 641/2009). Los deportistas que formen parte del plan individualizado de controles están sujetos a requerimientos específicos de datos sobre su localización para poder hacer efectivo el control individualizado (artículo 41.3 del RD 641/2009). De hecho, el propio reglamento ya predetermina la información mínima que debe recoger el formulario que se apruebe para este segundo supuesto (artículo 45 del RD 641/2009).

Los formularios están regulados en la Resolución de 4 de febrero de 2013, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes. En ella se recogen dos tipos de formularios distintos: uno general, recogido en su anexo I y que deben cumplimentar todos los deportistas con licencia que habilite para participar en competiciones de ámbito estatal («formulario de localización de deportistas no incluidos en plan individualizado»); y otro recogido en su anexo II y que deben cumplimentar específicamente los deportistas incluidos en el plan individualizado de controles («formulario de localización de deportistas incluidos en el plan individualizado de controles»). Se advierte que estos últimos «deben facilitar una información más detallada». Por último, en el anexo III de la Resolución se recogen «unas instrucciones para la correcta cumplimentación de los formularios».

2. *Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2014*

Contra la Resolución de 4 de febrero de 2013, la Asociación de Ciclistas Profesionales interpuso recurso contencioso-administrativo (núm. 138/2013) ante la Audiencia Nacional. Según la recurrente, los formularios de localización establecidos en dicha Resolución suponen una vulneración del derecho fundamental de los deportistas a la intimidad del artículo 18 de la Constitución. En concreto, realizan un doble reproche. Por un lado, la falta de cobertura legal, puesto que los formularios se extralimitan al exigir una localización permanente, mientras que la normativa reguladora solamente contempla una localización habitual. Y, por otro, la falta de necesidad y de proporcionalidad de esta medida.

El recurso es resuelto por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional, de 24 de junio de 2014. En ella se centra el objeto del debate jurídico: «no se discute como objeto de control de este recurso la existencia de controles de dopaje, o incluso el sometimiento a un deber de localización del deportista, sino tan solo si esa localización puede ser permanente» (fundamento jurídico 3º).

La Audiencia Nacional comienza su razonamiento recordando las exigencias derivadas del derecho a la intimidad del que también son titulares los deportistas:

El derecho a la intimidad protegido constitucionalmente en el artículo 18.1 alcanza al aspecto central de la protección constitucional de la vida privada, garantizando así un ámbito propio y reservado que supone la facultad de excluir del conocimiento ajeno cualesquiera hechos comprendidos dentro de ese ámbito. Ese ámbito delimitativo de la esfera privada debe concretarse de un plano material u objetivo [...], siendo así que ese ámbito íntimo ha de permanecer oculto para disfrutar de una vida digna y de una mínima calidad (fundamento jurídico 4º).

A continuación, la sentencia constata que la normativa examinada únicamente exige una «localización habitual» del deportista a los efectos de facilitar las pruebas de control. Y sobre la base de estas consideraciones previas, finalmente entra a analizar la conformidad con el derecho a la intimidad de los dos tipos de formularios recogidos en la Resolución impugnada, llegando a una conclusión distinta en cada caso.

La sentencia no considera que se esté requiriendo una localización permanente del examen del contenido del formulario del anexo I, es decir, el que deben cumplimentar genéricamente todos los deportistas

titulares de una licencia federativa para participar en competiciones oficiales:

[...] el citado anexo no contiene elemento o dato alguno que nos permita deducir que es precisa una localización permanente como indica la recurrente. Así se deduce al comprobar el contenido del mismo, que en esencia, como dato más sensible, alude a la comunicación de una información habitual del lugar de entrenamiento. Los demás datos solicitados, por otro lado, suelen ser los que habitualmente se solicitan para rellenar una ficha o licencia deportiva, sin que pueda hablarse por ello de injerencia en el ámbito familiar cuando de menores se trata (fundamento jurídico 4º).

Coherentemente con este razonamiento, la sentencia no hace reprocción alguna a este primer formulario.

A la conclusión contraria llega la Audiencia en el caso del formulario del anexo II, que deben cumplimentar los deportistas incluidos en un plan individualizado. De entrada, se advierte que este formulario somete a quien debe rellenarlo a un deber de localización permanente y no solamente habitual, carente de la necesaria cobertura legal:

[...] sin embargo, si examinamos el anexo II, referido a los deportistas sujetos a un plan diferenciado, podemos observar que además de indicar los lugares de localización habitual de entrenamiento, también se contiene una indicación de la información que debe facilitarse de «localización ocasional» [...] lo que supone que los deportistas sujetos a este anexo se hallan sujetos a un deber permanente de localización que no guarda amparo legal en los preceptos antes mencionados.

Además, se añade que se trata de una medida desproporcionada, incluso admitiendo que estos deportistas están sometidos a una sujeción especial, contraria al derecho a la intimidad y equiparable a medidas de carácter penal:

[...] no obstante la legitimidad de los controles contra el dopaje, especialmente en los períodos de fuera de competición, en que los tratamientos de dopaje pueden ser más frecuentes por las mayores dificultades de control, sin embargo, una medida que somete al deportista a un control permanente durante todas las jornadas y horas del año, excediendo así de lo que puede considerarse como «habitual o frecuente» es una medida desproporcionada y contraria al derecho a la intimidad, y no amparada legalmente, aun considerando el deber de sujeción especial que tiene el deportista como titular de una licencia federativa, especialmente cuando se somete a esos planes

diferenciados, pues podría llegar a equipararse a medidas de carácter penal de localización permanente que solo pueden imponerse como consecuencia de la comisión de un delito (STC 23/86, de 14 de febrero, 21/87, de 19 de febrero), por lo que tal localización permanente supone una injerencia que no respeta el contenido esencial del derecho a la intimidad.

Tras estos razonamientos, la sentencia estima el recurso en este punto:

[...] puede decirse que el anexo II, al exigir un deber de localización permanente y no habitual [...] contiene un exceso al extralimitarse del contenido legal, e igualmente reglamentario [...], lo que en este sentido conlleva la estimación del recurso y anulación del mencionado anexo II [...] debiéndose en consecuencia declarar la nulidad del contenido del formulario referido al deber de localización ocasional.

3. *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2016*

La sentencia de la Audiencia Nacional fue recurrida en casación (núm. 2746/2014) por la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo. La impugnación ha sido resuelta mediante la sentencia, dictada por su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 28 de julio de 2016.

Según la parte recurrente, en síntesis, el formulario del anexo II anulado no impone un deber de localización «permanente» sino «ocasional» a los deportistas incluidos en el plan individualizado de controles. De esta manera, la Resolución controvertida es conforme con la normativa también en este extremo. Por lo demás y siempre a juicio de la Abogacía del Estado, la medida discutida «no resulta desproporcionada, sino, por el contrario, dicha obligación es coherente con la finalidad práctica perseguida por la norma, que no es otra que la de alcanzar mayor eficacia en combatir el dopaje en el deporte» (la posición del abogado del Estado se resume en el fundamento jurídico 5º de la sentencia).

Igual que hizo la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo comienza fijando el objeto de la discusión. No se discute la necesidad, sino los límites de la lucha contra el dopaje en el deporte: «no está en cuestión la represión del dopaje deportivo. Otra cosa es el límite de lo tolerable para lograr ese objetivo de lo que se ha dado en denominar “buen orden deportivo”». Desde una perspectiva jurídica, la dificultad estriba en encontrar el difícil equilibrio entre el aseguramiento de la eficacia de las medidas contra el dopaje y la necesidad de respetar los derechos y liber-

tades fundamentales del deportista, en particular, su derecho a la intimidad: «Es cierto que los controles en competición no son suficientes para garantizar una seguridad total que evite el fraude a la competición. Así se pasó en la evolución de las medidas antidopaje a la realización de controles fuera de competición. Ello va suponiendo un creciente grado de incidencia en la esfera de la libertad e intimidad personales». Entre estas medidas, que garanticen de manera adecuada la posibilidad de realizar materialmente los controles, se encuentra la imposición al deportista del deber de suministrar información sobre su localización:

La realización de los controles fuera de competición parece requerir contar con información sobre el paradero habitual de los deportistas; se impone por ello a estos últimos la obligación de declararlo. La posibilidad de que la identificación del lugar de residencia no asegure el éxito del encuentro hace que dicha obligación torne en una obligación de acudir a un lugar determinado a una hora determinada. Se asegura así la completa disponibilidad del deportista si las autoridades competentes deciden realizar el control.

Ahora bien, advierte el Tribunal Supremo que «si no todo vale para competir —y de eso no cabe duda— tampoco vale todo para controlar». En concreto, el reconocimiento por el ordenamiento jurídico «del derecho a la libertad personal y a la intimidad, exige que las restricciones a estos derechos deberán estar previstas en un instrumento normativo de rango suficiente y, además, deberán ser interpretadas de una forma restrictiva» (fundamento jurídico 7^o).

A través del examen detallado del formulario contenido en el anexo II de la Resolución controvertida, la sentencia constata que se están imponiendo al deportista obligaciones que no están previstas en la normativa —ni legal ni reglamentaria— de cobertura (LO 7/2006 y luego LO 3/2013, así como RD 641/2009). La extralimitación del formulario del anexo II se concreta en los siguientes tres aspectos.

De entrada, el deber de hacer constar en el formulario el lugar y el horario de trabajo y de los estudios del deportista. Según la sentencia, «se trata de datos no vinculados con la actividad deportiva del deportista y cuya exigencia no aparece en la normativa fijada».

En segundo lugar, la localización durante todos los días del año, aunque las ausencias del deportista de su domicilio habitual o de su lugar habitual de entrenamiento sean inferiores a tres días. Según la sentencia, «la normativa prevé que únicamente se informen las ausencias del domicilio habitual superiores a tres días, no cada día como se puede ver en el ejemplo que incorpora el formulario».

Y por último, la «localización ocasional». La Abogacía del Estado intenta diferenciar, en su escrito de recurso, entre «localización habitual», «localización ocasional» y «localización permanente». La finalidad perseguida con esta distinción es sostener, por la parte recurrente, que lo impuesto al grupo de deportistas sometidos a un plan individualizado de controles puede considerarse un deber de «localización ocasional», pero sin llegar a ser «localización permanente». No comparte este criterio el Tribunal Supremo. En efecto, constata la sentencia que estos deportistas reciben cada trimestre un correo electrónico en el que se les recuerda cuál es su obligación en relación con la localización, mensaje redactado en los términos siguientes: «la localización debe poder ser realizada en cualquier momento del día para controles en competición y entre las 06:00 horas y las 23:00 horas, con 60 minutos de disponibilidad total para los controles fuera de competición, en ambos casos durante todos los días del año». A la vista de la manera en que la Administración está aplicando la normativa, el Tribunal concluye que:

La localización que se está exigiendo a los deportistas no es la localización habitual, sino la localización permanente. Los deportistas tienen que estar localizados en cualquier momento del día en competición, y entre las 06:00 y las 23:00 horas fuera de competición, todos los días del año. Esta localización no puede considerarse como habitual, y ni siquiera como ocasional, ya que alcanza a cualquier actividad que el deportista desarrolle durante todo ese período, al igual que alcanza a cualquier lugar en que se encuentre ese deportista [...] Se les está exigiendo la localización permanente incluso en períodos en los que los deportistas están de vacaciones, al exigirles la localización «todos los días del año» [...] El deportista podrá elegir el lugar y la hora de cada día, pero una vez que ha realizado esa elección, deberá permanecer en ese lugar durante toda la hora por si la Administración decidiera hacer un control de dopaje. Se transforma una obligación formal en una material: ya no se trata de indicar el domicilio habitual y los cambios que se produzcan en el mismo. Se va más allá y se impone la obligación de presencia en un lugar y una hora durante los 365 días del año por si el órgano de control decide someter a un control a un deportista. Es decir, esta organización pretende que todos los deportistas incluidos en el plan individualizado de controles estén a su entera disposición, al menos durante una hora al día, ante la posibilidad de realizar controles de dopaje (fundamento jurídico 7°).

A estos contundentes razonamientos, el Tribunal Supremo añade otros cuatro complementarios que fundamentan también la crítica al deber impuesto a este grupo de deportistas de permanecer durante una hora diaria en un lugar determinado, previamente comunicados a la or-

ganización deportiva correspondiente. El primero es que «la medida se adopta de manera general, frente a todos los deportistas que caen bajo el ámbito de aplicación de la norma deportiva». El segundo es que «la medida se adopta frente a muchos deportistas sobre los que no recaerá ninguna sospecha o indicio racional y suficiente de dopaje». Conviene advertir, en efecto, que en la enumeración de criterios que sirven para incluir a un deportista en el plan individualizado de controles (artículo 69 del RD 641/2009), pueden encontrarse algunos que se refieren a personas sobre las que no hay ninguna sospecha de dopaje. Por ejemplo, haber sufrido el deportista una lesión, haberse retirado o ausentado de una competición en la que tenía prevista su participación, iniciar o finalizar un período de baja, o bien encontrarse próximo a la retirada de la competición o al cambio de categoría «u otras circunstancias significativas». El tercero es que «la medida se adopta aunque en la mayoría de las ocasiones será inútil, ya que la organización antidopaje no realizará ningún control de dopaje a ese deportista en concreto». Y el cuarto es que «la medida excederá del tiempo necesario para realizar un control de dopaje» (fundamento jurídico 7°).

Como colofón a todos estos razonamientos, el Tribunal Supremo concluye que:

[...] se trata de una medida que somete al deportista a un control permanente durante todas las jornadas y horas del año, excediendo así de lo que pueda considerarse como «habitual o frecuente», y debe calificarse de medida desproporcionada y contraria al derecho a la intimidad, equiparable, como apunta la sentencia recurrida, a medidas de carácter penal de localización permanente, sin que exista la comisión de un delito [...] Por lo tanto, el anexo II de la Resolución excede de la previsión legal y reglamentaria que le da cobertura, y resulta contrario al derecho a la intimidad, protegido por el artículo 18 de nuestra Constitución (fundamento jurídico 7°). (AG).

V. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: VISIÓN OMNICOMPRESIVA DEL SUPUESTO DE HABILITACIÓN LEGAL Y FALTA DE EXAMEN POR INTERÉS LEGÍTIMO COLECTIVO

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2016 (RC 359/2013) inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Desarrollo Verde contra el Real Decreto 317/2013, de 26 de abril, que otorgó un permiso de investigación de hidrocarburos a una empresa mercantil y contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de

26 de julio de 2013 que desestimó el recurso de reposición. La causa de inadmisión es la falta de legitimación de la asociación recurrente por no ostentar un interés legítimo y por no cumplir el requisito de dos años de antigüedad previsto en el supuesto de legitimación por habilitación legal en el art. 23.1.b de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

En relación a la legitimación por interés legítimo, si bien la sentencia parte de los fines estatutarios consistentes en «la promoción de actividades, el apoyo de las energías alternativas, el fomento de actividades culturales, la protección de las tradiciones, el fomento de la protección ambiental y, en fin, la mejora ecológica», luego se centra otro aspecto distinto como es que la asociación está constituida por propietarios de terrenos incluidos en el perímetro del permiso de investigación. De ahí que afirme que no había duda alguna que los propietarios sí estaban legitimados para la tutela de sus derechos e intereses legítimos individuales. Y niegue, correctamente, la legitimación de la asociación para la defensa estos derechos o intereses legítimos individuales de los socios porque no consta en las finalidades consignadas en sus estatutos. Como expresa la sentencia, «entre sus fines no se encuentra la defensa en juicio de los intereses personales de sus socios, sino que tales fines atienden a la promoción y defensa general de intereses colectivos, sustancialmente de naturaleza medioambiental».

Una vez descartada la legitimación de la asociación para la defensa de los derechos e intereses legítimos individuales de los socios, se examina la legitimación de la asociación para la defensa de los intereses colectivos, eminentemente ambientales, consignados en sus estatutos. Entonces se limita a examinar el supuesto de legitimación por habilitación legal previsto en el art. 23.1.b de la antes citada Ley 27/2006, de 18 de julio, negando, como hemos avanzado, que esté legitimada por no cumplir el requisito de haberse constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción. El incumplimiento de este requisito temporal es claro, como lo atestigua que el acta fundacional esté suscrita el 11 de mayo de 2013 y la interposición del recurso contencioso-administrativo sea de fecha 13 de septiembre de 2013. Valoramos positivamente que la sentencia considere que nos encontramos con un supuesto de habilitación legal puesto que el art. 22 de esta Ley lo menciona, erróneamente, como acción popular medioambiental. Es obvio que no se trata de una acción popular porque no se legitima a cualquiera sino solo a personas jurídicas sin ánimo de lucro que cumplan determinados requisitos.

Ahora bien, merece una valoración muy negativa que no se examine la legitimación de la asociación por interés legítimo colectivo. En ningún caso, la legitimación objetiva por habilitación legal para la defensa de los intereses colectivos puede excluir la legitimación subjetiva por interés legítimo colectivo, la cual cuenta con un claro y arraigado reconocimiento constitucional (art. 24.1 CE), legal (art. 19.1.a y b de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa) y jurisprudencial. Negar la legitimación de la asociación por no ostentar un interés legítimo colectivo comporta realizar una interpretación individualista que no se ajusta a la noción constitucional y legal de los intereses legítimos, los cuales pueden ser tanto individuales y colectivos, tal como ha recordado una constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Según esta jurisprudencia, la legitimación de las asociaciones por interés legítimo colectivo exige acreditar una conexión específica entre el objeto del proceso y los intereses legítimos colectivos fijados en los estatutos que aporte algún beneficio o perjuicio a dichas finalidades. En el presente caso, la sentencia debería haber valorado si el permiso de investigación de hidrocarburos podía comportar algún beneficio o perjuicio a las finalidades estatutarias de defensa de intereses colectivos, especialmente, ambientales. Y ello realizando una interpretación en el sentido más favorable a la efectividad de la tutela judicial efectiva (principio *pro actione*).

Sorprende que, ante la invocación por el recurrente de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2009 (RCA 5119/2006), se continúe manteniendo esta visión reduccionista de la legitimación por intereses colectivos solo a los casos de habilitación legal. En relación a esta sentencia alegada, la sentencia que comentamos afirma que «aunque se extiende ampliamente sobre la legitimación de las asociaciones para la defensa de intereses colectivos relacionados con el medio ambiente (cosa que nadie discute), tampoco dice nada útil acerca del requisito que la actora no reúne, que es, insistimos, el establecido en el art. 23.1.b) de tanta cita». Debemos poner de manifiesto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2009 confirma la legitimación de una asociación ecologista contra dos resoluciones relativas a la autorización de unas instalaciones de almacenamiento de productos químicos y petrolíferos. Afirma que el requisito de conexión específica se cumple por cuanto la asociación «tiene como objeto la defensa de los intereses medioambientales de la ría de Arousa y asume la defensa de intereses pertenecientes a esa pluralidad de colectivos ciudadanos determinados reseñados» y «las resoluciones administrativas impugnadas afectan a bienes colectivos como el medio ambiente y la protección de la salud».

Vemos, pues, cómo sostiene el cumplimiento de los requisitos de la legitimación por intereses legítimos colectivos, recordando que es distinta de la legitimación por habilitación legal. Además, también insiste en que esta legitimación por intereses legítimos colectivos se refuerza a partir del art. 9 del Convenio de Aarhus.

En fin, no podemos permitir dar una vuelta atrás en la tutela de los intereses colectivos ignorando que la jurisprudencia es clara al admitir la legitimación de las asociaciones para la defensa de los intereses legítimos colectivos cuando estos consten en sus finalidades estatutarias y resulten afectados o beneficiados por el resultado del proceso. (AP).