

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÀS FONT I LLOVET
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN
JOAQUÍN TORNOS MAS

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Cómo citar/Citation

Font i Llovet, T., Peñalver i Cabré, A., Rodríguez Pontón, F. y Tornos Mas, J. (2020).
Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa.
Revista de Administración Pública, 211, 217-238.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.08>

SUMARIO

I. EL TRIBUNAL SUPREMO AVALA LA CREACIÓN DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA AGUAS DE BARCELONA PARA LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS DE SUMINISTRO Y SANEAMIENTO DEL AGUA EN EL ÁREA METROPOLITANA DE BARCELONA. II. RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS GENERAL Y LIBRE EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS: LAS ESPECIFICIDADES DEL SECTOR DEL JUEGO: 1. Los antecedentes del caso: la normativa implicada, la sentencia de la Audiencia Nacional y los términos del planteamiento de la cuestión de interés casacional. 2. La resolución del recurso de casación. Sentencia del TS 1408/2019. 3. Consideraciones finales. La respuesta formalizada a las cuestiones de interés casacional y balance sobre la especificidad de la regulación del juego. III. EL ALCANCE DEL CARÁCTER PRECEPTIVO DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA DE LOS REGLAMENTOS ORGANIZATIVOS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PARTICIPACIÓN PÚBLICA.

I. EL TRIBUNAL SUPREMO AVALA LA CREACIÓN DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA AGUAS DE BARCELONA PARA LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS DE SUMINISTRO Y SANEAMIENTO DEL AGUA EN EL ÁREA METROPOLITANA DE BARCELONA

El Tribunal Supremo, en cuatro sentencias dictadas el 20 de noviembre de 2019, lideradas por la Sentencia 1612/2019, recurso de casación 1434/2016, ha avalado por unanimidad la creación de una sociedad de economía mixta, SEM, Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestión del Ciclo integral del Agua, integrada por el área metropolitana de Barcelona, AMB, y la Sociedad General de Aguas de Barcelona, SGAB. De esta forma el Tribunal Supremo casa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016 de 9 de marzo que había anulado la creación de la SEM al entender que se había vulnerado la normativa de contratación al no haberse seleccionado al socio privado de la sociedad de economía mixta según los principios de publicidad y concurrencia.

Para la comprensión de esta importante y muy bien fundada sentencia es necesario conocer sus antecedentes más importantes.

SGAB era titular de una concesión de dominio público hidráulico de 99 años concedida el 25 de junio de 1953 para captar el agua del Llobregat, construir y explotar una estación potabilizadora y suministrar el agua a los municipios del ámbito del área metropolitana de Barcelona.

El 28 de enero de 1982 la Corporación Metropolitana de Barcelona y SGAB llegaron a un acuerdo para «municipalizar» el servicio de suministro de agua de conformidad con la legislación de régimen local, y el año 1983 se firmó un protocolo en el mismo sentido, pero la eficacia del acuerdo y el protocolo se sujetaron a unas condiciones que no llegaron a cumplirse, razón por la cual la municipalización no se llevó a efecto, quedando subsistente la concesión de 1953.

Aprobada la ley del área metropolitana 31/2010, en la que se le atribuye la competencia en materia del servicio público del agua, la AMB decidió metropolitanizar el servicio incluyendo junto con el servicio de suministro de aguas el de saneamiento de aguas residuales. En cuanto a la forma de gestión se constituyó una Sociedad de Economía Mixta, Aigües de Barcelona, formada como hemos dicho por SGAB y la AMB. Esta empresa mixta de conformidad con la legislación local y la de contratos públicos se constituyó según el procedimiento negociado sin publicidad, al entender que concurría la excepción licitatoria por la particular situación de SGAB. SGAB aportó sus concesiones derivadas de la de 1953 (85% del capital) y la AMB el servicio de saneamiento (15%).

La creación de la SEM fue impugnada por cuatro empresas privadas del sector del agua, cuyos recursos fueron estimados en primera instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en marzo de 2016.

Los argumentos del TSJ catalán pueden resumirse en síntesis del modo siguiente: la concesión de 1953 había dejado de tener eficacia a partir de 1950 al imponerse la legislación local y la necesidad de contar con una concesión de

servicio público. El título concesional de SGAB pasó a ser un título tácito, y la posición de SGAB una posición de precarista. Por tanto, los títulos aportados por SGAB para justificar la excepción licitatoria carecían de valor, y no justifican la excepción licitatoria. Por ello, la creación de la SEM debía declararse contraria a derecho.

Frente a los argumentos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia la recurrente en casación afirma que la concesión de 1953 nunca fue impugnada, anulada ni revocada, y por ello señala que «la cuestión vital» del recurso casacional consiste en determinar si la concesión otorgada por el Estado a SGAB para 99 años es válida, y no ha sido anulada, expropiada, rescatada ni revocada.

El Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico séptimo desarrolla los argumentos en base a los cuales estima el razonamiento de la recurrente. Así señala que la competencia exclusiva de las entidades locales en materia de abastecimiento de aguas en modo alguno implicaba ni implica la asunción automática y *ope legis* del servicio de abastecimiento de aguas, ni la supresión o eliminación de los derechos que vinieran ostentando las entidades privadas, derechos de las entidades privadas que les servían de fundamento para prestar el servicio. La asunción de la prestación del servicio por el ente local requería, y requiere, llevar a cabo el procedimiento de municipalización y la posibilidad de expropiación del título de la entidad privada, previo el pago de la correspondiente expropiación. Lo que no puede admitirse es que se pretenda asumir el servicio sin procedimiento y sin expropiación, en virtud de la tesis de la conversión del título administrativo en un título tácito en base al cual su titular es un mero precarista. Por tanto, se concluye, ni el Estado en 1953 actuó extracompetencialmente otorgando una concesión «provisoria, tácita o en precario», ni el contenido de la plena concesión por un período de 99 años se vio afectada en su contenido, ámbito, titularidad o temporalidad por la incidencia que en la misma pudieran haber tenido las sucesivas modificaciones legislativas, bien en materia de aguas, bien en materia de gestión de servicios públicos por las entidades locales.

Siguiendo en esta línea argumental, el Fundamento Jurídico octavo insiste en el mismo argumento. Así, reitera que como se desprende de toda la legislación local, la municipalización de un servicio no se produce de manera automática por la atribución legal de la competencia, sino que exige, como resulta del art. 168 y siguientes del texto refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, la aprobación del correspondiente acuerdo por el Ayuntamiento, siguiendo el procedimiento establecido, en el que ha de tenerse en cuenta, en su caso, la necesidad de proceder a la expropiación de derechos patrimoniales. Y lo mismo se establece en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en sus arts. 45 y siguientes, y en el art. 86 de la 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local.

Teniendo en cuenta este marco normativo se analiza el caso enjuiciado, y se concluye que el acuerdo de la CMB de 28 de enero de 1982 y el Protocolo de 1983, si bien pusieron de manifiesto la voluntad administrativa de asumir

la gestión del servicio, la propia Administración la sujetó a condiciones que no llegaron a cumplirse y, por lo tanto, no llegaron a tener efectividad alguna. Por tanto, solo a través de los actos impugnados, la creación de la SEM, llevados a cabo ya por el AMB y como prestación del servicio del ciclo integral del agua, se produjo la asunción del servicio. Hasta este momento, y esto es determinante para el fallo de la sentencia, el título del que disponía la SGAB mantenía su contenido y efectos, sin que resultara modificado o afectado por los referidos acuerdo de 1982 y Protocolo de 1983. Este título es el que pudo valorarse para la justificación del procedimiento negociado aplicado y pudo ser aportado a la sociedad de economía mixta a la que se atribuyó la gestión del servicio.

De acuerdo con este razonamiento el Tribunal Supremo concluye que en el momento de la creación de la SEM los títulos de SGAB seguían vigentes, por lo que la sentencia recurrida, al declararlos provisionales y sin valor, incurrió en una «vía de hecho judicial».

Una vez se llega a esta conclusión el Tribunal Supremo entra a analizar el segundo gran tema del conflicto: ¿fue ajustado a derecho recurrir a la excepción licitatoria que contempla la legislación de contratos para constituir la nueva SEM directamente con la SGAB? ¿Era imposible promover la concurrencia en la oferta? En el Fundamento Jurídico 11 se da respuesta a esta cuestión.

De acuerdo con la normativa aplicable, arts. 170,d y 172,a del TRLCSP, referidos al procedimiento negociado del art. 169, la excepción licitatoria es aplicable cuando por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato solo pueda encomendarse a un empresario determinado, o cuando se trata de servicios públicos respecto de los cuales no sea posible promover la concurrencia en la oferta. Aplicando la normativa de referencia el Tribunal Supremo concluye de forma breve que:

[...] la sentencia recurrida no afirma que el contrato pudiera haberse encomendado a un empresario distinto, o que era posible promover la concurrencia, la respuesta negativa la fundamenta la Sala de instancia en negar la concurrencia en la adjudicataria de una serie de títulos concesionales y propiedad sobre infraestructuras que fueron las valoradas en el momento de establecer la excepción a los principios de publicidad y concurrencia, sin embargo, tal apreciación, ha quedado desvirtuada en la respuesta dada a los anteriores motivos de casación, esencialmente en el segundo, al referirse al título concesional de 1953. A la vista de todo lo anterior, se puede concluir que concurre la justificación de la necesidad de otorgar el contrato a un empresario determinado, sin que existiera una alternativa o sustituto razonable, y sin que la ausencia de competencia sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de adjudicación de la concesión, por lo que el motivo debe ser estimado.

La debilidad del contenido de la sentencia recurrida permite al Tribunal Supremo estimar el recurso de casación, a partir de la afirmación de que SGAB poseía unos títulos económicos valorables que pudieron ser tenidos en cuenta para justificar la excepción licitatoria. Al constituir la empresa mixta la posición

de SGAB hacía imposible promover la concurrencia en la oferta y por ello la selección del socio privado de la empresa mixta fue conforme a derecho.

Un último apunte sobre el conflicto jurídico que resuelve la sentencia para situarlo en el marco del conflicto político que está en su base. La empresa mixta Aguas de Barcelona se creó por acuerdo de la AMB, que pasó a tener el 15% del capital de la nueva sociedad. Pues bien, la AMB no recurrió la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que anuló la creación de la SEM. El recurso fue interpuesto por SGAB. La razón de este hecho se encuentra en que al conocerse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la composición política de la AMB había cambiado. La nueva presidenta de la AMB, la alcaldesa de Barcelona, era partidaria de asumir la gestión directa del servicio de suministro y saneamiento del agua, razón por la cual la doctrina y el contenido de la sentencia del TSJ catalán favorecía su opción política de proceder a asumir la gestión directa del servicio sin coste alguno, o con un coste muy reducido. La sentencia del Tribunal Supremo, frente a la que Acciona ha presentado un recurso por nulidad de actuaciones, dificulta en gran medida la posible asunción de la gestión directa del servicio por parte de la AMB, ya que para ello debería expropiarse el valor de la concesión a favor de SGAB, hoy existente hasta el año 2047. (JT)

II. RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS GENERAL Y LIBRE EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS: LAS ESPECIFICIDADES DEL SECTOR DEL JUEGO

Que la actividad relacionada con el juego es un ámbito en el que concurren circunstancias especiales que dotan al mismo de una especial complejidad e interés, es algo que hace ya tiempo que se ha puesto de manifiesto. Esto es así especialmente desde la perspectiva de la protección de los intereses generales y de la necesidad de intervención administrativa para lograr tal protección, algo que no ha hecho más que encontrar razones de mayor peso en los últimos tiempos en nuestra sociedad. La STS 1408/2019 de 22 de octubre, rec. 4238/2018, ponente Calvo Rojas, vuelve a dirigir una atención muy destacada a este sector de actividad, que imprime un carácter particularmente intenso a las necesidades de regulación y control de los poderes públicos para contrarrestar una serie de riesgos de todos bien conocidos.

1. LOS ANTECEDENTES DEL CASO: LA NORMATIVA IMPLICADA, LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL Y LOS TÉRMINOS DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL

El caso deriva del Decreto de la Comunitat Valenciana 55/2015, de 30 de abril, por el que se aprobaba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego, disposición que incluía una regulación en la que se establecía que no se

podían autorizar nuevos salones de juego si existía otro en un radio de 800 metros. Es decir, se establecía una distancia mínima entre salones de juego, algo que es frecuente en la normativa de este tipo, y esta distancia se estableció en 800 metros, introduciéndose, así, una novedad en relación con la anterior normativa vigente valenciana, contenida en el Decreto 44/2007, de 20 de abril, tras su modificación mediante Decreto 150/2009, de 2 de octubre, en la que se establecía la distancia de 200 metros. La Asociación Valenciana de la Mediana y Pequeña Empresa Operadora (AMYPEMO) presentó una reclamación contra dicha regulación de 2015 en los términos previstos en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), en el marco del «procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes», ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, al entender que dicho régimen era contrario a diversos preceptos de la LGUM en la medida en que la limitación de distancia impuesta no es proporcionada ni está basada en una razón imperiosa de interés general. La Secretaría emite informe en el que efectivamente cuestiona la adecuación de la normativa a los principios de necesidad y proporcionalidad y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) se manifiesta también en el sentido de la insuficiente justificación en términos de necesidad y además no descarta que hubiera habido una participación indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad, debido a la participación de la Comisión del Juego valenciana en el procedimiento de aprobación de la norma cuestionada. También hay un informe de la Dirección General de Ordenación del Juego, del Ministerio de Hacienda, en el cual se cuestiona la necesidad y proporcionalidad de la norma. Finalizado el procedimiento previsto en el art. 26 LGUM, la asociación antes citada solicita a la CNMC la impugnación mediante recurso contencioso-administrativo, tal como establece el art. 27 LGUM, y la CNMC lo interpone, dando lugar así, en este marco de especialidad procesal, al litigio ante los tribunales.

La interposición de este recurso da lugar a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2018, rec. 549/2015, ponente De la Peña Elías, de la cual básicamente hemos extraído los antecedentes anteriormente indicados (FJ 1). Recurrente es, como decimos, la CNMC, siendo correcurrentes la asociación antes mencionada y otras dos sociedades del sector. Demandada es la Generalitat Valenciana, y codemandadas, diversas asociaciones valencianas del sector del juego. La demanda se centra básicamente, a la vista de la variación normativa que supone el Decreto de 2015 en relación con la anterior regulación, en la obligación de basar la limitación establecida en razones imperiosas de interés general, como se exige de modo general en el art. 5 LGUM. Se destaca en la demanda de modo más concreto, tal como se nos relata en el FJ 2 de la Sentencia de la Audiencia Nacional, que «la medida impuesta en los artículos controvertidos no es necesaria porque no existe un exceso de Salones de Juego en la Comunidad Valenciana atendida su ratio por habitante en relación a otras Comunidades Autónomas, y resulta,

además, desproporcionada en la medida en que en la mayoría de Comunidades Autónomas o bien no hay límite alguno al establecimiento, o dicho límite no es superior a 300 metros, suponiendo que, en la práctica, el radio de exclusión de 800 metros determinará que existan muy pocas oportunidades reales de instalar nuevos salones de juego, con el consiguiente y paulatino deterioro de la oferta». Y se señala también el elemento antes indicado de la intervención de competidores.

En cuanto a las partes demandada y codemandadas, destacaremos lo siguiente, también según leemos en el indicado FJ 2. Las codemandadas señalan la inadecuación del procedimiento especial derivado de la impugnación de la CNMC («procedimiento para la garantía de la unidad de mercado», arts. 127 bis, ter y quáter de la LJCA, introducidos precisamente por la LGUM), ante lo cual la Audiencia Nacional únicamente responde que «en rigor» este tema se vincula al análisis de fondo. Más adelante volveremos sobre él. La Generalitat Valenciana, por su parte, expone que «la fijación de una distancia mínima entre locales de juego de 800 metros “[...] supone una limitación razonable, justificada y proporcionada, basada en razones de orden público”», apuntando que el preámbulo de la norma contiene una justificación breve, pero suficiente, y contextualizando la medida en normas con rango de ley (Ley valenciana 4/1988, de 3 de junio, del juego y Ley estatal 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego) que se refieren a la necesidad de previas autorizaciones y de proteger el orden público. Pero como lo que resulta concretamente cuestionado es la distancia concreta, los 800 metros, conviene destacar esta afirmación de la Generalitat, también fundamentándose en el texto legal valenciano acabado de citar: «[...] la concreción de esa distancia corresponde al Consell, por lo que estaríamos ante una decisión adoptada en el ejercicio de competencias propias y exclusivas de planificación del sector». Apelación, pues, al margen de apreciación por parte de la autoridad competente, a la que sigue el rechazo del argumento de la demanda de que «con la distancia fijada en el Decreto 55/2015 serían pocas las oportunidades reales de instalar nuevos salones de juego, con el consiguiente y paulatino deterioro de la oferta, toda vez que, atendida la superficie real de la Comunidad Valenciana, “parece que pueden ser muchos los miles de locales y salones de juego que caben”», así como una referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la que luego también nos referiremos nosotros.

Ante estos argumentos de las partes, la Audiencia Nacional, partiendo del mencionado art. 5 LGUM, establece que la medida controvertida constituye una limitación al ejercicio de una actividad económica, limitación que es objetiva y eficaz. Y en cuanto a su justificación y proporcionalidad, acude al preámbulo de la norma, donde se dice que: «Asimismo, y dentro de la potestad de planificación de la actividad del juego en el territorio de la Comunitat Valenciana, se determina una nueva referencia a la distancia mínima entre salones de juego, ampliando la actual para evitar la concentración de locales de juego y entender que por razones de orden público es aconsejable el establecimiento de la citada limitación». La Audiencia Nacional califica esta referencia de «nominal», «porque no se acompaña de ninguna otra consideración que permita vislumbrar en qué medida se ve favo-

recido el orden público por la ampliación de la distancia». Y además (también en el FJ 4) indica que la conveniencia de evitar la concentración de locales de juego no es en sí misma una razón imperiosa de interés general en los términos a aplicar de la LGUM y por su remisión, de la LASE (Ley 17/2009, de 23 de noviembre), ni se vincula razonadamente con el mantenimiento del orden público; pero, además, no responde «a una necesidad real», a la vista de los datos aportados por la CNMC sobre la ratio de locales de juego por habitante en términos comparativos con otras comunidades autónomas. Finalmente, la Audiencia Nacional termina por recordar el importante incremento de la restricción en relación con la anterior normativa (de 200 a 800 metros), sin ninguna motivación específica al respecto, más allá de la invocación de razones de orden público. De ahí obtiene la sentencia de la Audiencia Nacional la anulación de los preceptos recurridos, estimándose, pues, el recurso de la CNMC; pero también con la indicación expresa de que ello no implica la imposibilidad de fijar distancias mínimas para la ubicación de estos locales: la competencia y la base legal de este tipo de medidas no se discute, sí la adopción de la medida concreta (800 metros) en las circunstancias descritas.

La Generalitat Valenciana y dos asociaciones de empresarios del juego valencianas preparan recurso de casación contra esta sentencia de la Audiencia Nacional, y es muy relevante ver en qué términos el ATS de 29 de octubre de 2018 (rec. 4238/2018, ponente Del Riego Valledor) admite dicho recurso. Dos grandes motivos explican la importancia de mencionarlo, que se corresponden con los dos puntos en que se desgrana el planteamiento de la cuestión de interés casacional.

En primer lugar, se considera que presenta interés casacional objetivo el cuestionamiento, que antes quedó sin tratamiento, de la idoneidad del cauce procesal especial para la garantía de la unidad de mercado, lo cual es relevante dadas las modificaciones diversas que en el proceso origina la aplicación de esta vía especial. De modo que la cuestión queda así formulada:

Interpretar el art. 127.1 bis LJCA, en relación con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado a la que aquel remite, a fin de determinar y aclarar los presupuestos que permiten la utilización de este especial procedimiento, y en particular, en relación con el presente recurso, determinar si una conducta consistente en la fijación de distancias mínimas respecto de la apertura y autorización de salones de juegos puede considerarse un presupuesto válido para la incoación del recurso contencioso-administrativo por los trámites del art. 127.1 bis de la LJCA (RJ 3).

En segundo lugar, y en lo que centramos más nuestra atención, está el tema de fondo sobre la apreciación de la necesidad y la proporcionalidad de la restricción adoptada en una norma en el ámbito de la regulación del juego. Hay un párrafo referido a los argumentos de las asociaciones recurrentes que concentra de modo bastante claro este aspecto (Hecho segundo del Auto):

Alegan las recurrentes, desde esta perspectiva, que la sentencia ha obviado que el juego no es una actividad económica ordinaria, sino que, por el contrario, afecta a determinados valores superiores del ordenamiento jurídico (como el orden público y la salud pública) y por ello está sometida a una intensa actividad de intervención administrativa. Especificidad de la actividad, se razona, que es precisamente la que motiva su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009, de transposición y la que subyace en la jurisprudencia del TJUE, que considera como razones imperiosas de interés general en este ámbito la protección de los consumidores, la lucha contra el fraude y la prevención tanto del gasto excesivo en el juego como de la perturbación del orden social en general.

Aquí es muy importante el razonamiento jurídico segundo del Auto del TS, ya que va directamente encaminado a plantear la cuestión de interés casacional desde la perspectiva de la especificidad sectorial del ámbito del juego, y ello por la gravedad de los intereses generales implicados y por su íntima relación con los márgenes de decisión de los poderes públicos, algo que conviene remarcar y que por eso anteriormente hemos querido destacar en los argumentos recogidos en la sentencia de la Audiencia Nacional: ¿es correcta la aplicación que hizo la sentencia de la Audiencia Nacional de los principios de necesidad y proporcionalidad del art. 5 LGUM «para valorar tales limitaciones en una actividad que presenta rasgos específicos, como la del juego»? Se destaca en este contexto la formulación del abogado de la Generalitat Valenciana, que señala que:

[...] la alusión en el Decreto autonómico anulado a la existencia de razones de orden público y a las políticas propias de dimensionamiento del juego en la Comunidad Valenciana que, conforme a su escala de valores, pretende evitar la concentración de locales de juego, debe considerarse suficiente para justificar la medida, pues entraría dentro de ese amplio margen de apreciación que reconoce el Tribunal europeo a las autoridades competentes para limitar el desarrollo de esta actividad.

Margen de apreciación particularmente amplio, pues, que se haría corresponder con un nivel de motivación menos exigente. Pese a la existencia ya de precedentes de sentencias del TS que ya habían puesto de manifiesto la peculiaridad que supone la regulación del juego, el Alto Tribunal continúa considerando necesario aclarar la cuestión, que así se plantea:

Determinar si los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes que establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, a que se refiere el 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, son de aplicación en el ámbito de las actividades de juego, y en su caso, si la aplicación de los indicados principios en este ámbito requiere ser modulada o matizada, dada su especificidad y los valores del ordenamiento afectados (RJ 3).

Destaquemos que, en el RJ 2, este planteamiento se llega a formular con un tenor si cabe más destacable desde la perspectiva de los márgenes políticos de decisión y de la protección de los intereses generales: «[...] si resulta posible, en atención a esa especificidad reconocida y a los valores afectados, una aplicación mucho más modulada de los principios de necesidad y proporcionalidad cuyo respeto exige el art. 5 LGUM y el reconocimiento de un mayor margen de actuación a las autoridades competentes para el otorgamiento de la autorización correspondiente».

Añadiremos simplemente, sin que podamos entrar en comentar tal nuevo episodio por razones de espacio, que, tras la sentencia de la Audiencia Nacional, y también algo después del Auto que admite la casación, se aprobó un nuevo Decreto, el 204/2018, de 16 de noviembre, que modificó el impugnado Decreto 55/2015. En el preámbulo de dicho nuevo decreto se explicita que su aprobación es precisamente consecuencia de la sentencia por nosotros citada de la Audiencia Nacional, y se hace mención a las diversas razones imperiosas de interés general que justifican el establecimiento de distancias mínimas —seguridad de los participantes, protección de menores, de personas por motivos de salud, evitación del fraude, de problemas de convivencia vecinal etc.— todo ello en el marco de una política integral de responsabilidad social y haciéndose específica referencia también al efecto llamada que sobre menores y personas con problemas en este ámbito puede tener la masiva concentración de locales de juego. Y cuando llega el momento de concretar la distancia escogida, nuevamente distinta, en esta ocasión, 700 metros, el Decreto señala lo siguiente:

[...] el Consell en la tramitación del decreto ha tenido en cuenta que por el interés general de la población, por cuestiones de salud pública y por el interés superior de los menores y adolescentes, se debería establecer la distancia mínima entre los nuevos salones de juego en 700 metros, respetando lo establecido en la Sentencia de 8 de marzo de 2018, Sala Contenciosa Administrativa, sección sexta de la Audiencia Nacional. Por todo ello, a la vista de los argumentos utilizados justificativos de la intervención administrativa por razones de orden público y siguiendo las manifestaciones expuestas por el órgano directivo competente en materia de prevención y políticas integrales sobre la juventud, se considera la conveniencia de establecer una distancia mínima entre los salones de la Comunitat Valenciana de 700 metros, por cuanto la misma se considera una distancia prudencial.

2. LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. SENTENCIA DEL TS 1408/2019

Precisamente lo primero que destacamos de la sentencia del Supremo es que la Generalitat Valenciana interesó la terminación del procedimiento por pérdida sobrevinida de objeto a causa de la aprobación del citado Decreto 204/2018. A ello no accede el Tribunal Supremo (FJ 2), que además señala lo anómalo que es

afirmar que se dicta el decreto para ejecutar una sentencia que no era firme y sin que nadie hubiera solicitado su ejecución provisional. Además, el TS no deja de señalar, aunque sin entrar en ello, «el escaso calado» de la reforma del Decreto de 2018, y que lo cierto es que al haber producido efectos durante más de tres años la redacción del Decreto de 2015, la revisión casacional no puede haber perdido el objeto.

Ya sobre la primera cuestión planteada, la relativa a la idoneidad del cauce procesal del procedimiento de garantía de la unidad de mercado, los FFJJ 3 y 4 explican su delimitación subjetiva (solo lo puede promover la CNMC) y objetiva (solo contra actuaciones consideradas contrarias a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos de la LGUM). Habiendo sido objeto de impugnación la regulación que restringía la instalación de nuevos salones de juego con el criterio de las distancias mínimas, el Supremo considera que tal impugnación cabe en el ámbito del procedimiento especial del que hablamos, dado que precisamente lo que se discute es si la restricción por distancias vulnera o no los principios recogidos por la LGUM. Sin perjuicio de que señalemos la importancia de la determinación más o menos extensiva del campo de aplicación de este procedimiento, en este caso no vamos a realizar más consideraciones al respecto.

Entramos ya, pues, en la segunda cuestión, más sustantiva, la de la duda sobre la posible modulación de la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad en la regulación del sector del juego. Para ello, el TS —FJ 5— realiza una primera operación relevante a la vista del peculiar camino que emprendió el legislador español tras la Directiva Servicios (Directiva 2006/123/CE). Así, se puntualiza, es claro que la actividad del juego queda excluida explícitamente de tal directiva, y por tanto de la LASE; pero ello no impide que le sean de aplicación los principios y garantías de la LGUM, que se configura con un ámbito de aplicación más amplio. Esto obliga a un primer matiz en relación con la especificidad predicable de la regulación de la actividad del juego: se trata, en efecto, de una actividad regulada y que cuenta con requisitos y restricciones; pero ello en modo alguno es óbice para que se le dejen de aplicar las reglas de la LGUM. Habrá que ir, pues, paso a paso para definir con exactitud la especificidad del sector del juego.

El siguiente paso se da en el FJ 6, donde se van afirmando diversos elementos. En primer lugar, como dijo la sentencia de la Audiencia Nacional, la fijación de distancias mínimas entre locales constituye una limitación a la libertad de establecimiento y, por lo tanto, la actuación administrativa debe respetar lo dispuesto en el ya varias veces mencionado art. 5 LGUM: justificación de la necesidad de la medida para salvaguardar alguna razón imperiosa de interés general y carácter proporcionado de las limitaciones. En segundo lugar, afirmado esto, la sentencia no deja de afirmar, ya de lleno en la especificidad sectorial, lo siguiente: «Puede admitirse sin dificultad que las distintas modalidades de juego por dinero no constituyen una actividad económica ordinaria, sino que reviste especificidades que hacen procedente su regulación y el establecimiento de determinadas limitaciones». El juego no es una actividad económica ordinaria, y ello va de la mano

de la presencia de regulación y limitaciones. El TS en este punto trae a colación las razones de orden público y de protección de los consumidores que menciona la Directiva Servicios al excluir de su ámbito de aplicación esta actividad y también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que «admite con normalidad» limitaciones y restricciones a esta actividad por parte de los estados miembros, con el reconocimiento de un amplio margen de apreciación «a la hora de delimitar los intereses a proteger y los objetivos de su política en materia de juegos de azar»: divergencias morales, religiosas y culturales, escalas de valores propias, dan lugar a una cierta inconmensurabilidad de los distintos sistemas de protección, siendo únicamente posible enjuiciar las medidas adoptadas en cada caso a la vista de los objetivos que cada uno desee conseguir. Y en ese marco aparecen varias de las razones imperiosas de interés general que hemos citado más atrás. Todo ello sin perjuicio del deber de observar la jurisprudencia del TJUE en relación con la proporcionalidad. El TS enlaza esta necesidad de intervención pública en el juego y esa presencia de variadas razones imperiosas de interés general con la cita de las leyes estatal y valenciana antes citadas (Ley 13/2011 y Ley 4/1988), brillando con luz propia la referencia a un precepto de esta última en el que se establece que se podrán autorizar estos locales con las distancias, entre otros elementos, que se fijen reglamentariamente. De este modo, se asume con normalidad este sometimiento de la actividad del juego a una intensa posible regulación, vinculada además con el instrumento de la autorización administrativa. Así que, en cuanto a la medida general consistente en establecer distancias mínimas, el Decreto de 2015 no carecía de justificación, ya que las normas legales que lo habilitan ya enuncian los objetivos e intereses a proteger (protección de menores, prevención del fraude, oferta dimensionada del juego, etc.), y además la ley autonómica cubre expresamente el tema de las distancias. De modo que una «lectura concordada», dice la sentencia, comporta como consecuencia que el Decreto de 2015 no vulnera los principios del art. 5 LGUM desde la perspectiva de la limitación consistente en establecer distancias, ya que las leyes sí que justifican la necesidad de este tipo de medidas. Esa «lectura concordada», pues, reconduce de alguna manera a unidad la interpretación de la especificidad sectorial y potencia la consideración de la protección de los intereses generales. En este punto, el TS encuentra a faltar una mayor claridad en la sentencia de la Audiencia Nacional, y establece que había que separar claramente dos cosas: una es la justificación de la necesidad de establecer distancias mínimas y otra es la justificación de la idoneidad y proporcionalidad de la concreta medida, en este caso los 800 metros impuestos de separación. Aunque queda claro que lo primero también lo salva la Audiencia Nacional: está justificado establecer distancias (recordemos la precisión que hacía después de declarar la nulidad de los preceptos impugnados). En cambio, lo que el TS continúa considerando deficiente es la debida justificación del segundo elemento.

A este último elemento se dedica finalmente el FJ 7, en el que vuelve a aparecer una cuestión ya antes mencionada: el significativo incremento de la res-

tricción de la distancia mínima en relación con la normativa anterior a 2015. No se ofrecen «datos ni razones» que expliquen esto de manera específica (cabría preguntarse ahora sobre la suficiencia de la nueva motivación del Decreto de 2018 en relación con la nueva distancia mínima). Dicho de otra manera, la lectura concordada o interpretación integradora salva el primero de los dos aspectos antes indicados (la medida consistente, sin más, en establecer distancias mínimas); pero no el segundo (la distancia concreta de 800 metros, que además supone una variación muy remarcable en relación con la anterior). Y, además de una postrera referencia en este sentido de un informe emitido por la Subsecretaría de la Conselleria competente de la Generalitat, el FJ 7 remata esta apreciación invocando la constatación de los sucesivos cambios normativos en cuanto a las distancias mínimas, «modificaciones normativas éstas sobre las que la Administración autonómica no ha ofrecido una explicación mínimamente consistente». Acaso sea este último el factor que inclina la balanza: el contraste entre los cambios producidos, que pueden parecer irreflexivos, con una fundamentación o justificación que sirve para el tipo de medida, pero que no alcanza a explicar estos cambios cuantitativos.

3. CONSIDERACIONES FINALES. LA RESPUESTA FORMALIZADA A LAS CUESTIONES DE INTERÉS CASACIONAL Y BALANCE SOBRE LA ESPECIFICIDAD DE LA REGULACIÓN DEL JUEGO

El TS formula sus respuestas a las dos cuestiones al final de este camino (FJ 8). En primer lugar, en relación con el tema del uso del proceso especial de protección de la unidad de mercado, lo que hace es recordar los términos en que queda acotado desde la perspectiva subjetiva y objetiva, remarcando que la CNMC no puede utilizar este cauce procesal en relación con cualquier otra ilegalidad.

En relación con el segundo tema, en el que hemos centrado más la atención, la sentencia formaliza su respuesta del siguiente modo. En primer lugar, sitúa la especificidad sectorial del juego en estos términos: «El hecho de que las actividades relacionadas con el juego sean objeto de una regulación que someta el ejercicio de la actividad a autorización y a determinadas limitaciones o restricciones está contemplado con normalidad en el Derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE. Por otra parte, el establecimiento de limitaciones en la regulación del juego cuenta asimismo con el respaldo de la legislación interna, tanto estatal como autonómica». En segundo lugar, indica que la actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva Servicios y de la normativa que la transpone, pero se le aplican los principios y garantías de la LGUM. Y en tercer lugar, se establece que la fijación de distancias mínimas entre locales de juego debe, en la medida en que constituye una limitación a la libertad de establecimiento, quedar justificada y ser proporcionada en los términos exigidos por el art. 5 LGUM. Y evidentemente se finaliza por declarar no haber lugar al recurso de casación.

¿Cuál es entonces el balance que se puede hacer respecto a la cuestión abierta de la incidencia de la especificidad sectorial en el grado de aplicación de los principios de necesidad y de proporcionalidad de la LGUM? Su aplicación es indudable, como se deriva de la formulación de la tercera parte de la respuesta. Ahora bien, la primera parte va encaminada a subrayar la peculiaridad sectorial vinculada con la «normalidad» del establecimiento de limitaciones y restricciones al ejercicio de la actividad. Siendo esta una cuestión de matices, es obligado retener, más allá de la fórmula que condensa la respuesta final, los detalles de los fundamentos jurídicos, y hacerlos concordar con los precedentes jurisprudenciales en este ámbito, para así afrontar posibles nuevos casos. La relevancia social que tiene el tema en la actualidad y lo acuciante de algunas manifestaciones problemáticas de este fenómeno obliga a hacer esta operación con rigor.

Creemos que es posible en este sentido concluir en la presencia de dos polos determinantes para la resolución de estos casos.

Por un lado, es innegable la presencia del factor diferencial. Quizá la manifestación más clara de ello se da cuando la sentencia afirma que no se trata de una actividad económica «ordinaria». Y es también muy claro que ese carácter «no ordinario» va unido a la intensidad de los mecanismos limitadores o restricciones que se establezcan para proteger los intereses generales. Es ese el punto clave de la especificidad sectorial. Y ese punto clave a su vez está claramente correlacionado con los márgenes de decisión de los poderes públicos, con su especial amplitud, debida a la relevancia y a la estrecha relación que se produce entre la escala de valores de cada comunidad y los instrumentos administrativos de intervención que se deciden utilizar. Ya había afirmado una sentencia anterior del Supremo, la STS 1055/2018, de 20 de junio (rec. 1810/2016, ponente Bandrés Sánchez-Cruzat) que «conviene recordar que, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que se expone en la sentencia de 27 de abril de 2004, la actividad de juego no puede considerarse —dada su especificidad— como una “actividad empresarial normal”, toda vez que las condiciones de su ejercicio vienen reglamentadas por la ley, por su interés general» (FJ 2, en un caso de reglamentos de casinos en Madrid). Y es bien conocida, como también se tuvo ocasión de poner de manifiesto en el caso de nuestra sentencia, la amplitud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto, especialmente relevante en la medida en que se produce en el marco de la protección de las libertades comunitarias de acuerdo con los tratados. Por razones de espacio no podemos aquí extendernos en ello; pero baste con recordar el caso de la Sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012 (C-470/11), en una cuestión prejudicial procedente de Letonia. En este caso, el TJUE llegó a estimar que no era contraria al tratado «una norma de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que confiere a los municipios una amplia facultad de apreciación al permitirles denegar una licencia de apertura de un casino, de un salón de juegos o de un bingo basándose

en un “menoscabo sustancial de los intereses del Estado y de los habitantes del territorio administrativo de que se trate”» (§ 48), eso sí, con unas condiciones que de inmediato mencionaremos. Podríamos decir entonces que, de acuerdo con la sentencia ahora comentada, la especificidad sectorial del juego se refleja: primero, en una interpretación concordada de todo su bloque normativo que permite prescindir en cierto modo, como hemos visto, de la justificación explícita de ciertas medidas dado su carácter idóneo con carácter abstracto para proteger los intereses generales afectados; y, segundo, en un margen de apreciación especialmente amplio que no puede dejar de tener consecuencias a la hora de exigir un determinado nivel de motivación o de justificación de las medidas concretas. Es más, se podría añadir que, tomando como base las reflexiones de J. M. Baño León (2018) «Derecho al procedimiento en la relación administrativa multipolar: (los derechos fundamentales como límite a la renuncia del legislador al control previo de actuaciones)», *REDA*, 189, págs. 51-55), casos como estos obligan a ser igual de exigente en el juicio de proporcionalidad «por defecto» que «por exceso».

Pero, por otro lado, es innegable también la vigencia de los principios de necesidad y proporcionalidad en el sentido del art. 5 LGUM. Por muy relevantes que sean los factores antes apuntados, estos principios no desaparecen. De hecho, contamos también con notables precedentes jurisprudenciales en que se pone de manifiesto la importancia de la adecuada fundamentación de las memorias en la aprobación de disposiciones en este ámbito, afectando también a medidas relativas a distancias (se pueden ver, por ejemplo, en Catalunya las sentencias del Tribunal Superior de Justicia 841/2008, de 25 de septiembre, ponente De Soler Bigas y 355/2012, de 4 de junio, ponente Ortiz Blasco, y también los dictámenes de la Comissió Jurídica Assessora 15/2005, de 27 de enero, y 39/2010, de 4 de febrero). Y no podemos perder de vista que la sentencia antes mencionada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea establecía en su conclusión que la norma en conflicto no era contraria al tratado «siempre que dicha norma tenga realmente por objeto reducir las ocasiones de juego y limitar las actividades en este ámbito de manera coherente y sistemática o garantizar el orden público, y siempre que la facultad de apreciación de los municipios competentes se ejerza de manera transparente, permitiendo un control de la imparcialidad de los procedimientos de concesión de licencias, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente». Por tanto, podemos concluir que a la hora de enjuiciar la legalidad de la medida concreta de limitación es exigible una congruencia y una consideración atenta a las circunstancias de cada entorno, congruencia especialmente incompatible, como hemos visto en este caso, con cambios normativos frecuentes y no explicados en su detalle.

La combinación de estos dos polos, con el peso específico que cada uno de ellos tiene en el sector del juego, nos hará estar muy atentos a futuros casos que pueden ser muy relevantes en el contexto social actual. (FJRP)

III. EL ALCANCE DEL CARÁCTER PRECEPTIVO DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA DE LOS REGLAMENTOS ORGANIZATIVOS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PARTICIPACIÓN PÚBLICA

Tradicionalmente, la legislación reguladora del procedimiento administrativo de elaboración de disposiciones generales ha excluido el trámite de audiencia de los reglamentos organizativos. Pero su posible eficacia *ad extra* respecto a los derechos e intereses de la ciudadanía y de los grupos en que se integran ha planteado la necesidad de realizar preceptivamente dicho trámite. Esto es más necesario a partir del reconocimiento constitucional del trámite de audiencia y su finalidad de hacer efectivo el principio constitucional de participación pública (arts. 9.2 y 105 CE), sin perjuicio del otro principio constitucional del deber de la Administración de servir con objetividad al interés general (art. 103 CE).

Sobre esta cuestión se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019 (1719/2019, Sección 4ª y ponente María del Pilar Teso Gamella) que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Unión General de Trabajadores y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras contra el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública y, consiguientemente, declara su nulidad.

Los sindicatos recurrentes piden, como pretensión principal, la nulidad de la totalidad del reglamento impugnado, por incumplir la normativa sobre elaboración de las disposiciones generales, en concreto, los arts. 26.2 y 26.6 de la Ley 50/19197, de 27 de noviembre, del Gobierno, al haberse omitido la consulta pública y el trámite de audiencia a las organizaciones sindicales más representativas de los intereses de los trabajadores, como son dichos sindicatos. Subsidiariamente, solicitan que se declare la nulidad del art. 3 del reglamento recurrido, por excluir a dichas organizaciones sindicales de la composición de la Comisión al tratarse de sindicatos que tienen la consideración de más representativos. Entienden que ello vulnera los arts. 7 y 28 CE y los arts. 6.1 y 6.3.a) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical (LOLS), en relación con los arts. 151 y 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y los Convenios 87 y 94 de la Organización Nacional del Trabajo. Aducen que las cláusulas sociales en la contratación pública son una de las finalidades del derecho de la Unión Europea y que se ha de fomentar la participación institucional de los interlocutores sociales, priorizando los sindicatos más representativos, en aplicación de la Ley de Libertad Sindical y para evitar la arbitrariedad.

Como señala la sentencia, cabe advertir que, a pesar de que se alega la vulneración de la consulta pública, el alegato y la exposición razonada se refiere únicamente al trámite de audiencia, por lo que el examen se limitará solo a dicho trámite de audiencia previsto en el art. 26.6 de la Ley 50/1997 y en el art. 133.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de

las Administraciones Públicas. Recordamos que, según estos preceptos, el trámite de audiencia es obligatorio cuando existan ciudadanos titulares de derechos e intereses legítimos afectados por el proyecto de reglamento y existan organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos e intereses legítimos se vieran afectados por la norma o cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

Ahora bien, el trámite de audiencia puede excepcionarse cuando concurren graves razones de interés público o cuando se trate de disposiciones presupuestarias u organizativas. Estos supuestos deben estar justificados en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, tal como disponen tanto el art. 26.6 de la Ley 50/1997 como el art. 133.4 de la Ley 39/2015. En el presente caso, se omite el trámite de audiencia por tratarse de una norma de organización interna de la Administración que crea un órgano administrativo nuevo, como es la comisión interministerial antes mencionada. Cabe decir que esta excepción también es aplicable a la consulta pública y a la información pública, lo que plantea si los razonamientos de la sentencia también serían aplicables a estos otros dos trámites participativos.

La sentencia comentada trae a colación la jurisprudencia del TS sobre la noción y naturaleza de los reglamentos de organización, siguiendo, en especial, la Sentencia de 14 de octubre de 1997, como aquellos reglamentos que, entre otros requisitos, no tiene otro alcance que el meramente organizativo de alterar la competencia de los órganos de la Administración competentes para prestar el servicio que pretende mejorar. En esta primera aproximación, la sentencia manifiesta que la disposición general recurrida parece cumplir con estos rasgos por cuanto crea un órgano administrativo nuevo (una comisión interministerial) que proyecta sus efectos esencialmente en el seno de la propia Administración, organizando el seguimiento y análisis de las cláusulas sociales en la contratación pública y demás funciones que luego abordaremos. Y, por consiguiente, parece que pueda prescindirse del trámite de audiencia.

Pero la sentencia no se queda en este primer análisis formal (trascendencia interna del reglamento), sino que indaga sobre la naturaleza, incidencia y efectos que produce el reglamento recurrido respecto de los sindicatos (trascendencia externa, o sea, si también puede afectar los intereses legítimos de los ciudadanos y de las organizaciones que los representan).

La necesidad de este segundo test lo fundamenta en base a que la jurisprudencia, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002 (RCA 666/1996), ha admitido que los reglamentos organizativos (siguiendo la STC 18/1982, FJ 4) pueden afectar a los derechos e intereses de los administrados en cuanto se integran de una u otra manera en la estructura administrativa. De ahí que un reglamento interno de organización administrativa no pueda excluir el trámite de audiencia si se produce la afectación de dichos derechos e intereses. Además, siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002 (RCA 666/1996), se muestra cómo la distinción por un sector doctrinal sobre reglamentos ejecutivos y organizativos tenía por finalidad justificar

la existencia de reglamentos independientes. Así como que esta distinción fue continuada por la doctrina del Consejo de Estado para determinar el carácter preceptivo de su dictamen para la aprobación de reglamentos ejecutivos. E, incluso, fue también asumida por la jurisprudencia constitucional para determinar el alcance del término legislación frente a ejecución en el marco de la delimitación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas.

Por tanto, concluye que la distinción entre reglamentos ejecutivos y organizativos no es suficiente para determinar el carácter preceptivo o no de la audiencia. Es necesario valorar si los reglamentos organizativos pueden afectar a intereses legalmente representados por determinadas entidades. A su vez, obliga a la Administración no solo a señalar que se trata de una norma de carácter organizativo, sino sobre todo a razonar y justificar que dicha norma no tiene incidencia o trascendencia sobre los intereses de los ciudadanos y las organizaciones que los representan. Digamos de paso que la amplia doctrina de los órganos consultivos estatal y autonómicos ya había profundizado en esta línea de razonamiento, negando que el carácter discrecional del trámite de información pública en los reglamentos organizativos.

Una vez realizado este tratamiento general sobre los reglamentos organizativos a los efectos de determinar si es preceptivo o no el trámite de audiencia, la sentencia lo aplica al caso concreto relativo al Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública. Examina si afecta los intereses de los ciudadanos y de las organizaciones que los representan mediante los sindicatos. Para ello se fija en el papel de los sindicatos y la finalidad del trámite de audiencia como instrumento de participación pública en la elaboración de disposiciones generales.

En relación a la función de los sindicatos de trabajadores, deja bien claro su fundamento constitucional al atribuirles una función básica de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios (art. 7 CE). Por ello no se limitan a defender los intereses de los trabajadores afiliados al sindicato, sino también pueden actuar para la defensa de los intereses colectivos económicos y sociales de los trabajadores (Sentencias del Tribunal Constitucional 70/1982, 37/1983, 59/1983, 187/1987 o 217/1991, entre otras). Y, a continuación, constata que estos intereses sociales y laborales están permanentemente concernidos por el reglamento recurrido al referirse a la contratación pública estratégica de carácter social. Esto lo atestigua la exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público cuando manifiesta que las autoridades pueden promover oportunidades de «empleo, trabajos dignos, [...] el cumplimiento de los derechos laborales y sociales de los trabajadores». O también el Programa Nacional de Reformas para el año 2017 cuando enfatiza el enfoque de la integración de criterios sociales en la contratación pública para seguir luchando contra el desempleo y promoviendo la inclusión social. Además, también se hacen eco distintos preceptos de la Ley

9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como, por ejemplo, la inclusión de aspectos sociales dentro de los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio en los criterios de adjudicación (art. 145) y dentro los criterios de desempate (art. 147).

Y en relación a la finalidad del trámite de audiencia como mecanismo para hacer efectivo el principio de participación pública, la sentencia recuerda su fundamento en el art. 105 CE. Se nota a faltar alguna referencia al mandato general de que los poderes públicos promuevan y fomenten una amplia, real y efectiva participación pública en los asuntos públicos (art. 9.2 CE). En todo caso, la sentencia considera que el principio constitucional de participación pública justificaba el carácter preceptivo del trámite de audiencia. Además, se hace eco de la amplitud de destinatarios de este trámite participativo sin que pueda limitarse a las corporaciones de adscripción obligatoria citando un extremo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 (RCA 4035/2005) que reproducimos:

[...] es cierto que en otras ocasiones, esta misma Sala (por todas, Sentencia de 12 octubre 2008) ha limitado la audiencia en la elaboración de este tipo de disposiciones a las corporaciones de adscripción obligatoria, pero no lo es menos que en la gran mayoría de esos casos se otorgó audiencia a otras personas o entidades que en defensa de distintos intereses en juego mostraron su opinión en el proyecto de norma, de manera que mayor cautela ha de seguirse en casos como el que nos ocupa cuando ninguna corporación, entidad, asociación o individuo, interviene en el proceso de elaboración, sustrayéndose éste completamente de la participación pública, con el pretexto de que, desde el punto de vista formal, se trata de una norma interna y puramente autoorganizativa. [...] Por lo que respecta a la naturaleza no corporativa de la organización sindical recurrente, se ha de indicar que ya en la Sentencia de esta Sala, de fecha 27 de mayo de 2002, se apuntaba que, teniendo en cuenta que la finalidad del trámite de audiencia no es otra que hacer efectivo en el orden material o de la realidad de las cosas el principio de participación que en este aspecto recoge el art. 105 de la Constitución, nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo, si este procedimiento aparece como adecuado en función de las circunstancias, recabando el informe de una entidad de afiliación voluntaria que agrupe los diversos derechos e intereses afectados, aun cuando lo sean de manera indirecta o potencialmente futura.

Por tanto, la conclusión a la que llega la sentencia es:

[...] que las organizaciones sindicales en defensa de los trabajadores resultan afectadas por la propia configuración y finalidad perseguida por el Real Decreto impugnado, pues los intereses de carácter social resultan concernidos, mediante la conexión que se produce entre la norma organizativa y los intereses de los trabajadores a los que representan los sindicatos, y los de estos mismos, cuyos fines guardan relación directa con su objeto».

Añadimos, aunque la sentencia no hace expresa referencia a ello, que podría observarse también una conexión más directa entre el contenido de la norma y la posición subjetiva de los sindicatos. En efecto, el art. 5 del Real Decreto, bajo el epígrafe «Participación de terceros», dispone:

1. Para el desarrollo de sus funciones la Comisión podrá invitar a sus reuniones, a las que se incorporarán con voz, pero sin voto, a expertos, interlocutores sociales, entidades y organizaciones públicas y privadas por las especiales condiciones de experiencia o conocimientos que concurren en ellos y en atención a la naturaleza de las funciones de esta Comisión. 2. Esta participación no generará gastos de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.

Resulta muy probable, pues, que los sindicatos puedan ser llamados a incorporar su voz al órgano creado, lo que sin duda puede incidir no sólo en los intereses de los trabajadores a los que representan, sino también a los intereses propios de los sindicatos como organización.

Finalmente, la sentencia determina los efectos de la omisión del trámite de audiencia. Declara que comporta la nulidad del reglamento recurrido, de conformidad con lo que dispone el art. 47.2 de la Ley 39/2015. De tal manera que la Administración puede retrotraer el procedimiento administrativo al momento en que debió de realizar el citado trámite. No entramos ahora en el debate sobre los efectos invalidantes de los vicios procedimentales en la elaboración de las disposiciones de carácter general, del que nos hemos ocupado en esta sede en otras ocasiones. La sentencia podría haber concluido aquí al estimar la pretensión de nulidad planteada con carácter principal. Pero también entra a examinar la pretensión subsidiaria que se refería a la nulidad del art. 3 del Real Decreto por excluir a dichas organizaciones sindicales. El objetivo es delimitar mejor los efectos de la nulidad a los efectos de la posterior aprobación del reglamento y, en particular, sobre la futura posible composición de la Comisión interministerial. Deja bien claro que la sentencia no comporta que se deba alterar necesariamente la composición de dicha comisión (por ejemplo, para incluir a los sindicatos recurrentes), sino que lo que plantea es «la necesidad de tomar en consideración otras perspectivas al elaborar la norma, con el fin de mejorar y perfeccionar su contenido para garantizar el acierto y oportunidad de ese producto normativo». O dicho en otros términos, «para que se tomen en cuenta las aportaciones y propuestas de los sindicatos sobre todo o parte del contenido de dicho Real Decreto, sobre su finalidad, la naturaleza de la comisión que crea, las funciones a cumplir, la composición, el funcionamiento interno, la participación de terceros como los “interlocutores sociales”, y todo aquello que regula la norma ahora impugnada». Si bien sin citarlo se está refiriendo al principio constitucional del deber de la Administración de servir con objetividad al interés general (art. 103 CE).

En fin, nos encontramos con una potestad discrecional de la Administración para aprobar un reglamento organizativo que no puede ser sustituida judicial-

mente, tal como reconoce el art. 72.2 de la Ley jurisdiccional. Pero que el contencioso-administrativo puede declarar su nulidad por vulnerar el carácter preceptivo del trámite de audiencia en base a la afectación de los intereses colectivos y al principio constitucional de participación pública.

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto, entre otras cuestiones, la relevancia que adquiere la organización administrativa en la satisfacción de las exigencias propias del Estado social de derecho. Cabe insistir nuevamente en que no son únicamente las normas de acción las que regulan la actividad de los poderes públicos, ya sean tanto de carácter general —procedimiento— como sectorial las que delimitan las posiciones subjetivas de los ciudadanos dignas de protección y satisfacción, esto es, los derechos e intereses a tutelar. También la manera de organizar las estructuras públicas puede resultar determinante del grado de satisfacción de los intereses públicos y privados dotados de relevancia pública por la Constitución y por la ley.

M. S. Giannini ya concluyó de una vez por todas sobre la juridicidad de lo organizativo en la Administración pública. No es indiferente para el derecho la opción por una u otra solución organizativa. Y esto es así tanto en el nivel de la macroorganización como a nivel de las decisiones microorganizativas, como pueden ser, precisamente, la fijación de la composición y las funciones de un determinado órgano colegiado. La determinación de cuáles son sus componentes, por ejemplo, implica la decisión de cuáles son los intereses relevantes —públicos o privados— que van a ser incorporados en la formación de la voluntad del órgano. Lo organizativo, pues, como cuestión jurídica y, además, como cuestión que no es solo interna de la propia Administración.

En el caso de la sentencia comentada, se trata de una comisión interministerial, y por tanto de composición estrictamente pública. Como hemos dicho, el Tribunal Supremo, casi pareciera en *excusatio non petita* (aunque sí lo pidieron los recurrentes), insiste en que no le corresponde pronunciarse sobre el fondo, ya que los intereses concernidos que determinan la necesidad del trámite de audiencia en la elaboración de la norma, desde luego —dice— no permiten concluir que se debe alterar la composición de dicha comisión. Pero sí justifican la necesidad de escuchar a los sindicatos sobre la composición de la misma y, en definitiva, y así lo insinúa el Tribunal *obiter dicta*, sobre su propia participación como terceros interlocutores sociales. (TF y AP)

