

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

Cómo citar/Citation

Font i Llovet, T., Galán Galán, A., Peñalver i Cabré, A.,
Rodríguez Pontón, F. y Tornos Mas, J. (2021).
Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa.
Revista de Administración Pública, 216, 345-362.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.12>

SUMARIO

I. DE NUEVO SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN PARA LA ACREDITACIÓN DE PROFESORES UNIVERSITARIOS Y LOS EFECTOS DE UNA MOTIVACIÓN INSUFICIENTE. II. ROF VERSUS ROM: NORMA BÁSICA ESTATAL, NORMA SUPLETORIA Y POTESTAD MUNICIPAL DE AUTOORGANIZACIÓN. III. IDONEIDAD Y NECESIDAD DE LAS MEDIDAS PARA CONTENER LA PANDEMIA DE LA COVID-19: EL CASO DE LA EXIGENCIA DEL «CERTIFICADO COVID»: 1. Introducción. 2. El criterio inicial del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. 3. La STS 1112/2021, de 14 de septiembre. 4. Casos posteriores y consideraciones finales. IV. MODIFICACIÓN DE OFICIO DE LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS Y, EN PARTICULAR, DE LA AUTORIZACIÓN AMBIENTAL INTEGRADA.

I. DE NUEVO SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN PARA LA ACREDITACIÓN DE PROFESORES UNIVERSITARIOS Y LOS EFECTOS DE UNA MOTIVACIÓN INSUFICIENTE

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2021, rec. 720/2020, ha vuelto de nuevo a pronunciarse sobre los requisitos de la motivación en los procesos de acreditación de profesores universitarios ante la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA). En este caso se trataba de la acreditación como profesor contratado doctor.

La cuestión que motivó que se estimara la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia fue la siguiente:

[...] la naturaleza jurídica y, en su caso, carácter vinculante de los Principios y Orientaciones para la Aplicación de los Criterios de Evaluación (POACE); si los puntos asignados a cada apartado del baremo deben aplicarse de forma genérica a los cuatro criterios de evaluación o si deben referirse a cada uno de los subapartados de cada criterio y según POACE, motivándose la puntuación que merece cada apartado y subapartado.

El tribunal resuelve el recurso casacional remitiéndose a su jurisprudencia anterior y, en concreto, a lo establecido en la Sentencia 761/2021, rec. casación 6002/2019. Es esta doctrina, que se confirma y reitera, la que ahora nos interesa reseñar, pues en ella el Tribunal Supremo, más allá de lo que se plantea en la admisión del recurso casacional, se pronuncia sobre diversos aspectos del control de las decisiones de las Comisiones de Acreditación y, en particular, de la ANECA. El tribunal establece en la Sentencia 761/2021 un listado de las pautas a seguir por las Comisiones de Evaluación, con el fin de lograr una correcta motivación de sus resoluciones.

- a. Si la propia Administración se dota de unas pautas conforme a las cuales dice cómo llevar a cabo la evaluación, estas deben seguirse, o al menos justificar el porqué no se siguen.
- b. La motivación de la puntuación numérica debe llevarse a cabo atendiendo a los apartados y subapartados establecidos por la propia entidad de evaluación.
- c. La motivación no puede consistir en consideraciones genéricas e imprecisas, como decir que la actividad investigadora es mejorable.
- d. De forma más concreta se señala que la publicación de artículos en revistas centrales de la asignatura sin duda puede ser un indicio fuerte de calidad, pero no sustituye la que pueda presentar el estudio por sí mismo, aunque no se haya publicado en tales revistas. En este sentido, Sentencia 986/2018, de 12 de junio, rec. casación 1281/2017.

Por otro lado se afirma que es un dato relevante para determinar la validez de la motivación (si bien no se extraen las consecuencias de este dato) el atender a la composición del órgano que lleva a cabo la valoración. En este sentido se ve como un elemento negativo a favor de la motivación el hecho de que los miembros de la Comisión evaluadora no pertenezcan al área de conocimiento propia de la persona que solicita la acreditación.

La sentencia que comentamos, la de 24 de junio de 2021, en su respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión, se limita a decir que:

[...] a la vista de cuanto se ha razonado en el fundamento anterior, hemos de responder a la cuestión en que el auto de admisión apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia diciendo que la puntuación que la Comisión de Acreditación de Catedráticos de Universidad debe asignar a los méritos del solicitante ha de atribuirse por cada uno de los subapartados en que se dividen los apartados previstos en los Principios y Orientaciones para la Aplicación de los Criterios de Evaluación establecidos para el acceso a los Cuerpos de Catedráticos de Universidad, motivándose tal asignación a cada apartado y subapartado.

La sentencia, por tanto, únicamente fija doctrina sobre una de las pautas generales antes enumeradas sobre la correcta motivación. Pero como hemos apuntado anteriormente importa tener en cuenta la recuperación de toda su doctrina en esta materia, que se contiene con la remisión a su jurisprudencia anterior y, en particular, con lo ya dicho en su sentencia 761/2021, doctrina que deberán tener en cuenta las Comisiones de Evaluación.

Afirmada la existencia de un vicio en la motivación del acto recurrido, el tribunal también da respuesta a otra cuestión igualmente de singular relevancia: los efectos del vicio apreciado. El recurrente solicitó al tribunal que su decisión no se limitara a la retroacción de las actuaciones para que se llevara a cabo una segunda valoración por la Comisión, señalando de forma precisa que su pretensión era que se procediera en sentencia al reconocimiento de su derecho a ser acreditado. El tribunal rechaza esta pretensión. Para el tribunal, al no estar normativamente predeterminado el resultado (por ejemplo, mediante la existencia de un baremo objetivo sobre el que puntuar), el contenido del derecho del recurrente es la obtención de una motivación según las pautas jurisprudenciales, pero no el derecho a ser acreditado, pues ello depende del juicio de la Comisión, juicio que no puede sustituir el tribunal. Para el tribunal, la acreditación no depende de unos criterios reglados que el mismo pueda apreciar y aplicar, sino del necesario criterio de una comisión técnica, a la que sí se exige un determinado modo de motivar su decisión. Esto es lo exigible en sede judicial. De este modo la motivación se convierte en un elemento formal del acto de singular relevancia, cuyo defecto obliga a retrotraer las actuaciones para corregir el vicio de forma. (JT)

II. ROF VERSUS ROM: NORMA BÁSICA ESTATAL, NORMA SUPLETORIA Y POTESTAD MUNICIPAL DE AUTOORGANIZACIÓN

1. La ordenación del sistema de fuentes aplicables a las Administraciones locales siempre ha presentado notables complejidades. Por un lado, complejidades derivadas del denominado carácter bifronte del régimen local; por otro lado, las originadas en virtud de la existencia de una potestad normativa propia de los entes locales, que incluye la reglamentaria y la de autoorganización. La anulación del art. 5 LBRL, en su versión original, por la STC 214/1989 privó al sistema de una norma interpretativa. Interpretación que, por cierto, otorgaba primacía aplicativa al Reglamento Orgánico Municipal (ROM) —después de las leyes de las comunidades autónomas de régimen local— en cuanto a los aspectos organizativos y de funcionamiento.

Y, en efecto, una de las piezas peculiares del sistema de fuentes local es el Reglamento Orgánico Municipal, así como su relación con las demás normas. En especial, con las normas reglamentarias estatales y autonómicas, respecto de las cuales es difícil articular un criterio de relación jerárquica. Y más en particular, por razón de la coincidencia en la materia, con el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por el RD 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF).

2. En esta ocasión nos referimos al conflicto surgido entre la modificación, en 2015, del apdo. 2 del art. 75 del ROM del Ayuntamiento de Barcelona y el art. 85.2 del ROF. Dice (decía) la norma barcelonesa:

2. La representación de elementos simbólicos e institucionales presentes con carácter permanente en el Salón de Sesiones ha de responder a la singularidad histórica y de capitalidad de Barcelona, y a los principios democráticos, de neutralidad religiosa y de catalanidad. Su aprobación corresponde al Pleno del Consejo Municipal, mediante acuerdo adoptado por una mayoría de 2/3 de sus miembros.

Por su parte, el art. 85.2 del Reglamento de Organización estatal establece:

En lugar preferente del salón de sesiones estará colocada la efigie de S. M. El Rey.

El abogado del Estado impugnó el artículo del ROM transcrito y el asunto fue resuelto en instancia por la STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2019. Esta sentencia anuló el precepto municipal por vulneración del art. 85.2 del ROF «que constituye norma estatal de aplicación a todos los ayuntamientos». La sentencia cuenta con el voto particular del presidente de la tribunal juzgador que opina que no cabe apreciar la contradicción con el art. 85.2 ROF, «por no poder apreciarse la condición de norma estatal básica ni prevalente de dicho precepto reglamentario».

Recurrida la sentencia en casación, el recurso ha sido resuelto por la STS de 28 de junio de 2021 (STS 2611/2021). El auto de admisión del recurso había declarado como cuestión de interés casacional la atinente a «determinar si el artículo 85.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre, puede ser considerado como normativa de carácter básico».

Pues bien, la Sala entiende que dicho precepto sí tiene carácter básico. Pero antes se ha cuidado de descartar el planteamiento que subyace a la cuestión. Dice así:

Al no regular [el art. 85.2 ROF] aspectos generales sobre organización y funcionamiento de los entes locales, no se plantea ahora cuál es, dentro del orden de prelación de fuentes en materia de régimen local, el lugar del ROF respecto de los reglamentos orgánicos municipales, en este caso el ROMB, o cuál es su eficacia mediando leyes autonómicas sobre régimen local.

Apartada esta cuestión, el TS sitúa el tema fuera del ámbito material discutido:

[...] el artículo 85.2 contiene una regulación que no es identificable, en pureza y en sentido estricto, con materias organizativas o de funcionamiento respecto de las que las leyes autonómicas desarrollen las bases estatales. Tampoco con aquellas en las que los entes locales, ejerciendo su potestad normativa, pueden dotarse de una organización complementaria.

El objeto regulado por el art. 85.2 ROF es un

[...] aspecto institucional de relevancia supramunicipal y materialmente básica por identificarse con un denominador normativo, en este caso referido a un aspecto de la configuración del salón de Plenos. Se inserta así una regulación que atañe a símbolos del Estado en cuanto que se ordena que en todos los municipios, en lugar preferente y en el lugar en que se reúne su máximo órgano —el Pleno—, esté presente el símbolo de la forma política del Estado español, haciéndose visible que el poder local se ejerce en coherencia con esa forma política.

Como puede verse, la sentencia efectúa una elaboración propia para atribuir «ex novo» al art. 85.2 ROF el carácter de norma básica, sin que ninguna norma, legal o reglamentaria, le haya reconocido expresamente tal condición. La sentencia tampoco desconoce la evolución de la doctrina constitucional sobre las bases, desde el carácter material de lo básico hasta la exigencia de ley formal para su calificación, admitiéndose solo excepcionalmente su declaración por reglamento. Pero sostiene que en el momento de aprobación del ROF en 1986 todavía no era exigible esta intervención por ley formal.

En efecto, dice la Sala:

Ciertamente —y en ese aspecto lleva razón el voto particular a la sentencia mayoritaria— debería ser una norma con rango formal de ley la que así lo previese—; ahora bien, tal afirmación sería atendible en el momento presente, pero el artículo 85.2 del ROF es fruto del momento histórico normativo en que se aprueba y en coherencia con el punto de evolución en el que se encontraba la doctrina constitucional, lo que ya se ha expuesto. Son esas circunstancias excepcionales y ya superadas, las que justifican y hacen admisible que tal previsión se haga en el ROF.

3. Creo que la argumentación mantenida por el Tribunal Supremo puede ser objeto de crítica.

La doctrina constitucional sobre el carácter de lo básico exige que:

[...] la norma básica venga incluida en ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad, debiendo también cumplirse esta condición en el supuesto excepcional de que la norma básica se introduzca por el Gobierno de la Nación en ejercicio de su potestad de reglamento (STC 69/1988).

A ello se añade que:

[...] en virtud de la definición material de lo básico, corresponde al legislador estatal delimitar su contenido y alcance,...[pero] si la calificación de un precepto como básico resulta impugnada, corresponde a este Tribunal [Constitucional], como intérprete supremo de la Constitución, revisar dicha calificación y deducir, en última instancia, si la norma es o no materialmente básica» (STC 141/1993).

Por su parte, la STC 14/2018, señala que:

[...] existen supuestos en que la Ley puede remitir al Reglamento para regular aspectos básicos que completen el contenido de la misma; [...] tal habilitación al Gobierno quedaría justificada si la materia por su carácter marcadamente técnico es más propia del Reglamento que de la Ley (STC 76/1983, FJ 24). La regulación reglamentaria, pues, de materias básicas por parte del Gobierno resultaría acorde con los preceptos constitucionales si, primeramente, resultara de una habilitación legal, y, en segundo lugar, si su rango reglamentario viniera justificado por tratarse de materias cuya naturaleza exigiera un tratamiento para el que las normas legales resultarían inadecuadas por sus mismas características.

En mi opinión, no parece que se den estas condiciones en el ROF. Como sabemos, la DF 1ª de la LBRL autorizó, por un lado, la refundición de las disposiciones legales vigentes, lo que dio lugar al texto refundido de 1986 y, por otro lado, la actualización de los reglamentos de régimen local preconstitucionales. Según la disposición transitoria 1ª, el objetivo es que las normas legales a refundir fueran transitoriamente aplicables mientras las CC. AA. no aprobaran su legislación de régimen local, para pasar a tener carácter básico o supletorio, según cada

caso. Y el carácter básico se predicó luego de algunos preceptos del texto refundido, pero en ningún momento de los reglamentos.

Ante el silencio de la ley y aún del propio reglamento sobre su carácter de norma básica, es aquí única y exclusivamente la jurisdicción ordinaria la que le atribuye tal categoría, y lo hace en virtud de un posicionamiento ciertamente discutible: la materia regulada en el art. 85.2 ROF no es «organización y funcionamiento de los entes locales», sino una nueva materia: «símbolos del Estado». Si ello fuera así, cabría analizar la evolución de la regulación de esta «materia» en relación a los entes locales. El art. 188 del viejo ROF de 1952 regulaba tanto el uso de la bandera como el de la efigie del jefe del Estado. Pero después de la Constitución, esta «materia» fue desgajada, de manera que el uso de la bandera fue objeto de atención por la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, mientras que ni la LBRL ni el TR de 1986, ni ninguna otra norma de rango legal, nada dijeron sobre la efigie del jefe del Estado.

En realidad, lo que viene a hacer el TS es suplir la voluntad del legislador de régimen local, que se abstuvo de regular esta materia como básica; o, visto de otra manera, a lo sumo, subsanar el olvido de dicho legislador. Ambas operaciones no corresponden, en mi opinión, a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. Desde un punto de vista material, también es cuestionable que exista contradicción entre el texto de las normas en conflicto. La falta de mención expresa a la ubicación de la bandera española o al retrato del rey en el ROM barcelonés no hubiera impedido la aplicación directa de la Ley de Banderas y la aplicación supletoria del ROF al enjuiciar, en su momento, el acuerdo municipal que determinara en concreto cuál es la simbología que debía figurar en el salón de plenos en el caso en que no se incluyeran aquellos símbolos. La posición del TSJ Cataluña adolece de un cierto cariz preventivo ante unas posibles, pero no necesarias, consecuencias de una omisión normativa.

Algo de eso se encuentra, en el fondo, en el voto particular formulado a la sentencia del TSJ de Cataluña recurrida en casación, no tanto en relación con la bandera, sino más bien por lo que se refiere al retrato del rey. Por lo demás, el voto efectúa un profundo análisis de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa sobre el rango de las normas básicas y la posición del ROF en relación con el ROM, lo que le lleva, como se ha dicho, a negar el carácter básico del ROF y a afirmar que no le corresponde al tribunal suplir al legislador.

Al final, según hemos señalado, el TS:

[...] desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia impugnada, no sin dejar constancia de que los términos del litigio se ventilan entre la sentencia y el voto particular. Siendo ambos planteamientos rigurosos y bien fundados, no obstante esta Sala entiende que el parecer mayoritario es más ajustado a Derecho, apreciando en el voto particular un criterio atendible, pero en exceso formal y que

deja en segundo plano el origen del ROF así como su interpretación a la luz de la evolución de la doctrina constitucional.

5. Por último, me limito a dejar constancia de un aspecto que solo muy tenuemente ha llegado a la STS de casación, pero que se planteó con todo interés en la instancia. Se trata del alcance de la potestad normativa y de autoorganización del Ayuntamiento de Barcelona a la luz de su régimen especial formado tanto por la Carta Municipal de Barcelona (Ley autonómica de 1998) como por el tramo estatal del régimen especial establecido por la Ley 1/2006.

En síntesis, al final ya de su sentencia, el TS viene a resumir que el ROF, en lo aquí discutido, no impide que el Ayuntamiento de Barcelona pueda dictar normas de organización y funcionamiento complementarias «de la legislación básica y respecto de la autonómica, tanto general como del municipio de Barcelona». Acaso alguien pueda leer que al referirse a la «legislación básica» el TS acaba por asumir que los reglamentos básicos son cosa ya del pasado... (TF)

III. IDONEIDAD Y NECESIDAD DE LAS MEDIDAS PARA CONTENER LA PANDEMIA DE LA COVID-19: EL CASO DE LA EXIGENCIA DEL «CERTIFICADO COVID»

1. INTRODUCCIÓN

Desde que se está produciendo la intervención de los tribunales de justicia para autorizar o ratificar las medidas a adoptar por parte de las autoridades sanitarias en el contexto de la gestión de la pandemia de la COVID-19, está adquiriendo protagonismo, en la actual etapa, la cuestión relativa a la obligación de presentar una determinada documentación, que para simplificar podemos denominar «certificado covid», para el acceso a determinados locales. Al igual que lo sucedido en anteriores pronunciamientos judiciales, las cuestiones planteadas y su enfoque por parte de los tribunales no dejan de presentar aspectos de interés en la intersección entre la eficacia de las decisiones de las autoridades para dicha gestión y el respeto de los derechos fundamentales, todo ello con independencia de lo que pueda acabar resolviendo el Tribunal Constitucional sobre las dudas planteadas en torno a la modificación legislativa efectuada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, en relación con el art. 10 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Y ello es así también desde que se abrió la puerta al recurso de casación en este tipo de decisiones, mediante el Real Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo.

En este contexto se inscribe la Sentencia del Tribunal Supremo 1112/2021, de 14 de septiembre (ponente: Teso Gamella), que resuelve un recurso de casación de la Xunta de Galicia contra el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sala de vacaciones) 97/2021, de 20 de agosto, sobre ratificación de medi-

das adoptadas en la Orden de 13 de agosto del mismo año por parte del *Conseheiro de Sanidade*, auto que se había pronunciado en sentido denegatorio de la autorización solicitada.

La medida de la autoridad sanitaria consistía, como se ha adelantado, en exigir la presentación de una documentación —que puede ser la acreditación de contar con la pauta completa de la vacuna, una prueba diagnóstica negativa o bien la acreditación de haberse recuperado de la infección— para poder acceder a determinados establecimientos de ocio y restauración.

2 EL CRITERIO INICIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

La sala del TSJG, en el auto indicado, comienza recordando (FJ 2) el ámbito de cognición limitada que le corresponde en estos casos, no sin dejar también de exponer el carácter muy discutible que en su opinión tiene la reforma adoptada por la Ley 3/2020 antes mencionada, desde el punto de vista de la función jurisdiccional y también desde el punto de vista del rango y la competencia de las normas que establecen medidas limitadoras de derechos fundamentales, aspectos en los que no corresponde entrar en esta nota. El TSJG descarta que no queden afectados los derechos fundamentales de la intimidad y de la protección de datos por el hecho de que la actividad de entrada a los establecimientos en cuestión sea voluntaria y por el hecho de que los datos ni se registren ni se archiven (FJ 3). A la hora de argumentar sobre la justificación de la medida, dejando de lado ahora la consideración que hace el auto sobre lo poco ecuánime que resulta «demonizar al sector de servicios de hostelería», dicha resolución empieza poniendo el acento en las referencias científicas sobre la ausencia de conclusiones irrefutables en relación con la capacidad de contagiar o ser contagiadas de las personas vacunadas o que hayan padecido la COVID-19, y también en una serie de datos comparativos de la situación de la pandemia en Galicia. A partir de aquí el auto entiende que el aspecto clave para no autorizar la medida tiene que ver —después de hacer un recordatorio jurisprudencial de la exigencia del triple juicio de proporcionalidad— con que la necesidad de la medida no se ha justificado en la medida deseable. Más concretamente, entiende la sala del TSJG que la medida, a pesar de que la afectación a los derechos fundamentales pudiera juzgarse de leve, no resulta idónea ni necesaria. La falta de idoneidad en el grado exigible sería debida a que la vacunación no es incompatible con un posible contagio, y a que la prueba negativa, por su parte, es una foto fija que no asegura que no se haya producido después de ella un contagio. A ello añade el TSJG también que empíricamente ha quedado demostrada esa falta de idoneidad de la medida, teniendo en cuenta los datos de la epidemia y que dicha medida ya se había venido aplicando de hecho en la Comunidad Autónoma gallega. Y la medida, según el TSJG, tampoco era necesaria en el grado exigible, ya que no se acredita, con la suficiente rotundidad y concreción de datos, que el origen de la mayoría de contagios de

la última ola tuvieran una clara vinculación con el tipo de establecimientos a los que va dirigida la medida. A todo lo cual se añaden los argumentos apuntados en la Sentencia del Tribunal Supremo (sala de vacaciones) de 18 de agosto de 2021 para el caso de Andalucía, que se entienden plenamente aplicables.

3. LA STS 1112/2021, DE 14 DE SEPTIEMBRE

La sentencia del Tribunal Supremo dedica un espacio inicial (FFJJ 2 y 3) a aclarar los términos exactos, de circunstancia y de tiempo, en que se había producido la medida. Se recuerda que inicialmente la medida se consideró, por parte de la Administración, que no debía ser objeto de autorización judicial, lo que implica que lo que ahora se somete a dicho proceso judicial es una resolución posterior que la suspendía. No entraremos en el detalle de esta cuestión, que no impide al tribunal pronunciarse sobre el fondo, no sin recordar el régimen de eficacia de dichas medidas en relación con su ratificación judicial, que ya el TS había caracterizado.

Entrando ya en el fondo de las cuestiones de interés casacional, tras indicarse la posición de las partes, la sentencia del Tribunal Supremo, que ofrece una estructura clara y comprensible a destacar, comienza por resolver la cuestión relativa a la necesidad de ser autorizada o ratificada una medida de este tipo. Y ahí el TS discrepa con claridad del planteamiento de la Xunta, ya que entiende que sí es necesaria dicha intervención judicial, tratándose de la posible afectación a los derechos fundamentales de igualdad, intimidad y protección de datos —arts. 14 y 18 CE— (FJ 6). Con independencia de que luego se estimen o no (que ya se adelanta que no) prevalentes dichos derechos fundamentales en la tarea de ponderación, lo que no se puede es descartar una desvinculación total entre la medida propuesta y dicha afectación a los mencionados derechos fundamentales. Por leve que sea, afirma el Supremo, no se puede descartar su limitación o restricción como para soslayar la intervención de los tribunales, cosa que solo sería apreciable en caso de palmaria falta de limitación o restricción.

Dado este primer paso, la sentencia examina (FJ 7) el marco legal aplicable, algo a lo que no hay que dedicar ya mucho espacio, ya que es bien conocido y ha sido profusamente expuesto en precedentes jurisprudenciales sobre el tema. Aquí se recuerda la legislación sanitaria estatal y autonómica; el hecho de que no es necesaria ley orgánica para cualquier tipo de restricción o limitación de derechos y la cobertura suficiente dada por el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Como observación concreta añadida, y relevante, en este punto, la sentencia recuerda que la medida simplemente trata de interrumpir la cadena de contagios a partir de la sola presentación de un documento y según el nivel de restricción de la zona.

A continuación, en el FJ 8, la sentencia se centra en la limitación de los derechos fundamentales, recordando que ningún derecho es ilimitado y sobre todo indicando que la limitación puede resultar necesaria para proteger otros

derechos y bienes constitucionales, «que se traducen, en este caso, en una potente presencia del derecho a la vida y a la integridad física, y a la defensa y protección de la salud de los ciudadanos». En este sentido, la sentencia establece con claridad el contraste entre la «tenue» limitación que supone la medida sobre los derechos anteriormente mencionados, por un lado y, por otro, el derecho fundamental a la vida, la protección de la salud y, lo cual creemos que vale la pena subrayar, el «interés general» de sobrevivir, la colectividad, en estas circunstancias. En el camino que lleva a entender adecuada la medida a la necesidad de proteger la salud, en este mismo fundamento de derecho, se destaca de entrada el carácter no esencial de las actividades a celebrar en los establecimientos afectados. Dado que se trata de una documentación que presenta tres modalidades y que existe una justificación objetiva y razonable, se descarta que se vulnere el derecho a la igualdad. En lo relativo al derecho a la intimidad, tampoco se considera que deba prevalecer frente a la protección de la salud. Creemos interesante y remarcable —especialmente en la apelación al valor de la solidaridad— señalar en este punto la siguiente afirmación del TS: «Es cierto que se trata de una información médica, pero las connotaciones que impone la situación de pandemia, el carácter masivo de la vacunación y la solidaridad que comporta la protección y ayuda entre todos, devalúa la preeminencia de la intimidad en este caso». Se apela también a casos en los que cede la intimidad, como el de la investigación tributaria o el de la investigación de la paternidad, y lo paradójico que resultaría que no fuera así cuando se trata de la protección de la salud. Y se distingue la medida de simple exhibición de estos documentos en el contexto descrito de otras medidas, como las de proporcionar datos de las historias clínicas. En cuanto a la protección de datos, se descarta que exista alguna limitación, ya que queda claro que no se hace ningún tipo de tratamiento de los mismos, se trata de una pura exhibición del documento en el momento de acceder al local.

El TS añade incluso otra posible afectación a un derecho fundamental, el de la libre circulación de personas; pero rápidamente lo descarta haciendo alusión a la normativa de la Unión. Y a ello se añade algo también de notable interés, la referencia general a que se trata de medidas similares a las adoptadas en otros países y la referencia concreta a la Decisión (2021-824 DC) del *Conseil Constitutionnel* francés de 5 de agosto de 2021, que podemos decir que se mostró deferente con el legislador.

Dicho lo cual, la sentencia pasa a examinar (FJ 9) de modo más concreto la justificación de la medida, la cuestión de la proporcionalidad, a partir de los parámetros que se habían dibujado en la STS 719/2021, de 24 de mayo. Es aquí donde el TS argumenta la diferente apreciación que tiene en relación con las facetas del juicio de proporcionalidad que el TSJG había considerado que ofrecían problemas, la idoneidad y la necesidad de la medida. Es importante, entonces, desgranar los elementos que conducen al TS a una decisión de signo contrario a la del TSJG. Los intentamos condensar en la siguiente lista, siguiendo el orden de aparición en la sentencia:

- La vacuna no cura la enfermedad, pero resulta indudable que supone una prevención para detener de modo apreciable la propagación de la enfermedad.
- La idoneidad de la medida se perfila en contacto con las características concretas de los locales en que se aplica: establecimientos que no permiten el uso constante de mascarilla y dificultan mantener distancias de seguridad. Y que reúnen, en definitiva, condiciones especialmente favorecedoras de las principales vías de transmisión del virus.
- La transmisión entre vacunados es mucho menor que en el caso de los no vacunados.
- Este tipo de medidas resulta ser un efectivo mecanismo de fomento de la vacunación y del control epidemiológico.
- Los tres elementos citados en segundo, tercer y cuarto lugar se destacan en cuanto al modo en que están presentes en los informes técnicos de la Administración sanitaria, y el Supremo destaca además su carácter detallado, profuso y preciso a la hora de identificar sus fuentes, de modo que se valoran los datos científicos que aportan, a la hora de defender que en este tipo de establecimientos esta es la medida más eficaz para mantener un alto nivel de protección de la salud pública.
- No es preciso, por ser imposible, que la medida resulte infalible. El riesgo cero no existe en el estado actual de la ciencia, por lo que lo relevante es el carácter eficaz, apropiado y proporcionado de la medida, y es de valorar que el beneficio que supone es muy superior al sacrificio que comporta.
- No se ve cuál podría ser una medida más adecuada. Algunas ya se manejan por la propia Administración. Y en cuanto al cierre, podría implicar en riesgos creados por concentraciones en la vía pública, además del tema de los costes económicos y laborales.
- La medida no es indiscriminada desde el punto de vista territorial, ya que se traza un mapa según la incidencia de la pandemia en cada lugar. Y además es una medida de carácter temporal.

Por último, en el FJ 10, la sentencia hace referencia al precedente de la anterior sentencia del TS en el caso de Andalucía, antes mencionada, para descartar brevemente que no se opone a lo que ahora resuelve el TS en el caso de Galicia. Se destaca, fundamentalmente, que diferentes eran las circunstancias y las justificaciones ofrecidas, en particular en lo relativo al ámbito de aplicación temporal y espacial de la medida, en contraste con el último elemento antes señalado.

Todo ello lleva a estimar el recurso de casación y a ratificar la orden autonómica.

Hay, eso sí, un voto particular, formulado por Fonseca-Herrero Raimundo. Dicho voto, de manera previa a su argumentación relativa al núcleo de incidencia de la medida en los derechos fundamentales, señala dos elementos: la sentencia dictada en un sentido contrario por el TS el día 18 de agosto en el caso de Anda-

lucía y las dudas que suscita que la normativa europea mencionada por la mayoría pueda amparar otras medidas limitativas de derechos.

Por un lado, el voto particular señala que la afectación a los derechos de igualdad e intimidad es «severa, extensa e intensa», y que esa afectación no se puede negar por el elemento diferencial del ámbito territorial y temporal de las medidas. En este sentido, el voto relativiza esa doble circunstancia, apelando a que según los anexos las zonas afectadas son de gran entidad y a que la vigencia no se puede dejar de considerar indefinida por el hecho de que se vincule a una evaluación progresiva. En segundo lugar, se sostiene que resultan afectados los derechos de igualdad e intimidad, añadiendo en el segundo caso que no se halla prevista legalmente la medida en cuestión, a diferencia de otras exigencias sí previstas, por ejemplo, en la legislación de prevención de consumo de alcohol. Esta proyección de la medida sobre los derechos fundamentales obligaría a un apoyo en ley orgánica, según el voto particular, que apunta que las órdenes iniciales no invocaban la Ley Orgánica 3/1986. Y, en tercer lugar, no se comparte el juicio de necesidad, en la línea del TSJG. Disiente el voto particular de lo que considera que es la premisa de partida de la sentencia mayoritaria: que es necesaria la apertura de los locales y que la misma no puede llevarse a cabo sin adoptar las medidas de «certificado covid». No se ha justificado, así, que no fueran posibles otras medidas posibles (incluida la de mantener el cierre), a las que hace referencia el voto en relación con medidas adoptadas en otras comunidades autónomas y con otras medidas como las adoptadas transitoriamente en la misma Orden de la Xunta. Y se discrepa de manera clara con el argumento que utiliza la mayoría para descartar la idoneidad del cierre de establecimientos.

4. CASOS POSTERIORES Y CONSIDERACIONES FINALES

Con posterioridad a la sentencia STS 1112/2021 han tenido ya lugar otros episodios vinculados a medidas de exigencia de «certificado covid» que la han tomado como referente. El propio TSJG se ha alineado explícitamente con los criterios del TS (y que discrepaban de los de la sala de vacaciones del TSJG que vimos en nuestro caso) en el Auto 106/2021, de 1 de octubre, en relación con la Orden de 29 de septiembre, que aprueba el nuevo plan de ocio nocturno. Diversas circunstancias específicas apuntalan ese sentido ahora favorable a la autorización de dicho auto: la limitación a determinado tipo de establecimientos; la adopción de dos niveles, de manera que la medida afectaría a los locales que deseen incrementar capacidades u horarios; el establecimiento de un nuevo modelo de actuación; su carácter limitado en el tiempo (sin que sea impedimento en este caso la extensión de la medida a toda la comunidad autónoma) y el nuevo contexto estacional.

También han incorporado como referente la STS 1112/2021 los autos del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 7 de octubre de 2021 —Resolución de la *Conselleria de Salut* de 6 de octubre, relativa a actividades recreativas

musicales— y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 1 de octubre de 2021 —Orden de la Consejería de Salud de 29 de septiembre, relativa a la celebración de un evento multitudinario en recinto ferial—. Y también, por último, mencionaremos el caso, otra vez, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su Auto 111/2021, de 8 de octubre —Orden de 6 de octubre, relativa a albergues turísticos—.

Podemos ver que las solicitudes de autorización o ratificación de medidas generales destinadas a combatir la pandemia continúan dando lugar a pronunciamientos que presentan características que obligan a estar muy atentos a cada contexto concreto (de tiempo, de espacio y de otras circunstancias). Ese podría ser un elemento que precisamente tendería a cuestionar el acierto de haberse previsto la posibilidad del recurso de casación, ya que va a ser complicado que las circunstancias no presenten elementos diferenciales. Se ha visto con los casos de «certificado covid» relativos a Andalucía y a Galicia, si bien la propia STS 1112/2021 ha tratado de individualizar los dos factores realmente diferenciales que explican el sentido contrario de sus fallos, como hemos indicado.

Puede concluirse, sin embargo, que la posibilidad de acudir al recurso de casación está generando una serie de sentencias (desde la inicial STS 719/2021, de 24 de mayo) que, si bien no podrán evitar esa inherente variabilidad de circunstancias, sí que parece que están permitiendo algunos consensos relativos sobre todo a la base legal de las medidas y también una suerte de plantilla común de análisis que puede resultar útil. Los temas implicados son muy complejos en su detalle, porque a la profusión de aspectos variables implicados en cada caso se suma la apreciación no siempre coincidente que puedan tener los tribunales de múltiples factores implicados en el juicio de proporcionalidad. Por poner solo algún ejemplo, el nivel de profundidad y detalle exigido a los informes que acompañan a las medidas, la medida en que procede exigir un juicio comparativo con otras eventuales opciones o el nivel de argumentación exigible para justificar una determinada medida en un sector o subsector de actividad y no en otros que podrían presentar semejanzas no son apreciados respondiendo a una fórmula fija y exacta, sino que lo hacen oscilando en función de la percepción que en cada caso pueda tener un tribunal y de cómo se le presente cada caso.

En este sentido, creemos que la Sentencia 1112/2021, si bien no evitará la persistencia de algunos puntos controvertidos (como así se pone de manifiesto en el voto particular), aporta algunos elementos de interés, entre los que se encuentran la específica valoración del interés general y de la solidaridad en el contexto de una pandemia; las referencias comparadas a países de nuestro entorno; los términos realistas en que se considera el estado actual de la ciencia y el nivel de concreción de las características de los informes técnicos que acompañan a las medidas. Cada uno de estos elementos, y otros, darían lugar a un estudio por separado. En esta nota solamente los podemos apuntar, a la espera también de futuras decisiones, que, esperemos, sean cada vez menos necesarias en relación con la pandemia que todavía vivimos; pero que en cualquier caso no dejarán de

ofrecer un enorme interés para configurar la caja de herramientas de los juristas, siempre de equilibrio delicado. (FRP)

IV. MODIFICACIÓN DE OFICIO DE LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS Y, EN PARTICULAR, DE LA AUTORIZACIÓN AMBIENTAL INTEGRADA

Una de las cuestiones tradicionales sobre las autorizaciones administrativas de actividades es si pueden ser modificadas de oficio con posterioridad a su otorgamiento y, en caso afirmativo, los requisitos que se deben cumplir. La jurisprudencia fue valiente al irlo admitiendo en base al Reglamento de actividades molestas, insalubres nocivas y peligrosas de 1961. Posteriormente, la legislación de control integrado de la contaminación ha reconocido la modificación de oficio de la autorización ambiental integrada. La Sentencia del Tribunal Supremo 746/2021, de 28 de mayo (Sección 5ª, ponente: Fernando Román García), pretende precisar y completar el alcance y los requisitos de la modificación de oficio de la autorización ambiental integrada.

En este caso, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Granada de 24 de octubre de 2018 estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa titular de la autorización ambiental integrada contra su modificación de oficio para exigir un sistema de medición en continuo de determinados contaminantes y la anuló. Pero la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección 3ª) de 17 de julio de 2019 estimó el recurso de apelación presentado por la Junta de Andalucía y revocó la sentencia del juzgado contencioso-administrativo. Y, finalmente, la citada sentencia del Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa y, por tanto, confirma la legalidad de la modificación de oficio de la autorización ambiental integrada.

El Tribunal Supremo señala que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en precisar y complementar su jurisprudencia a fin de determinar: «si el órgano ambiental competente puede modificar de oficio una autorización ambiental integrada (AAI), procediendo a exigir nuevas condiciones —como la instalación de un sistema automático de medida (SAM)—, en cualquier momento, incluso sin haber cambiado las circunstancias de la instalación o de sus impactos, que concurrieron en la tramitación y resolución inicial». Y especifica que la normativa a examinar consiste en la referente al control integrado de la contaminación (arts. 25.4.e de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, que coincide con el vigente art. 26.4.e del Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación) y a la contaminación atmosférica (arts. 6.4 del Real Decreto 100/2011, de 28 de enero, por el que se actualiza el catálogo

de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera y se establecen las disposiciones básicas para su aplicación y 17.1.a del Decreto andaluz 239/2011, de 12 de julio, por el que se regula la calidad del medio ambiente atmosférico y se crea el Registro de Sistemas de Evaluación de la Calidad del Aire en Andalucía).

El razonamiento del Tribunal Supremo se puede dividir en dos partes bien diferenciadas: la admisión de la modificación de oficio de las autorizaciones ambientales integradas a la que se dedica más atención y su aplicación posterior al caso concreto.

En relación con la primera parte sobre la admisión de la modificación de oficio de las autorizaciones ambientales integradas, la sentencia del Tribunal Supremo empieza abordando la naturaleza y la finalidad de la AAI a partir, en buena medida, de lo que ya sostuvo en la Sentencia del Tribunal Supremo 1439/2020, de 3 de noviembre. Recuerda que estas autorizaciones tienen su origen en la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación). A la luz de esta normativa de la Unión Europea constata que su naturaleza se escapa de la concepción tradicional de las autorizaciones administrativas porque «no se constata el ejercicio legítimo del derecho, se configura el propio derecho a ejercer la actividad». Y especifica que su finalidad es garantizar, mediante la imposición de determinadas condiciones, que una determinada actividad que se pretende desarrollar no comporte un deterioro del medio ambiente mediante contaminación, sin que se pueda prever de antemano la multitud de casos de contaminación que pueda generar. Vemos como se hace referencia a las autorizaciones operativas y de funcionamiento, si bien no encontramos ninguna mención a dichas denominaciones. Después se hace eco de la distinción conceptual entre modificación de las instalaciones y modificación de la AAI porque puede suceder que no se haya producido una modificación (sustancial o no) de las instalaciones y, sin embargo, sea preciso llevar a cabo una modificación de la AAI previamente concedida.

A continuación, examina la posibilidad de revisar de oficio la AAI cuando lo exija la legislación sectorial. Este es uno de los supuestos de modificación de oficio de la AAI previstos en el art. 25.4.e de la Ley 16/2002 y que es coincidente con el vigente art. 26.4.e del Real Decreto Legislativo 1/2016. En el examen de la legislación sectorial de contaminación atmosférica trae a colación el art. 6.4 del Real Decreto 100/2011, de 28 de enero, por el que se actualiza el catálogo de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera. Este precepto dispone que:

[...] los titulares de las instalaciones reguladas en el artículo 5.1 medirán en continuo las emisiones de los focos canalizados en los casos en que así se establezca en la normativa aplicable, en el contenido de la autorización o, posteriormente, mediante resolución del órgano competente con base en los criterios establecidos.

A su vez, cita el art. 5 del citado real decreto relativo a los «Criterios generales referentes a la autorización y notificación de instalaciones» que dispone en su

apartado primero lo siguiente: «Quedan sometidas a la autorización administrativa prevista en el artículo 13.2 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, otorgada por las comunidades autónomas en los términos que éstas determinen [...]». De ahí que el Tribunal Supremo concluya que, con carácter general, la normativa estatal reconoce la posibilidad de que la normativa autonómica pueda revisar de oficio una AAI y, en concreto, imponer la medición en continuo de las emisiones a los titulares de las instalaciones en los supuestos en que así se estableciera en la normativa sectorial aplicable, en el contenido de la autorización o, incluso, posteriormente, mediante resolución del órgano competente con base en los criterios establecidos.

Una vez comprobado que la legislación estatal prevé la posibilidad de que las comunidades autónomas revisen de oficio una AAI e impongan el control en continuo de emisiones prevista, constata que también figura en la normativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Así el art. 32.2.g del Decreto 5/2012, de 17 de enero, por el que se regula la autorización ambiental integrada, reitera el criterio de poder modificar de oficio la AAI cuando así lo exija la legislación sectorial. Y el art. 17.1 del Decreto 239/2011, de 12 de julio, por el que se regula la calidad del medio ambiente atmosférico y se crea el registro de sistemas de evaluación de la calidad del aire en Andalucía, establece que el órgano ambiental competente en materia de medio ambiente podrá imponer a las personas o entidades titulares de las instalaciones en las que se realicen actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera la obligación de instalar instrumentos de medición, manual o automática, de las emisiones de contaminantes y de la calidad del aire derivada de las mismas, en determinados supuestos siendo uno de ellos, como sucede en el presente caso, que se trate de actividades del grupo A o sometidas al procedimiento de autorización ambiental integrada. El Tribunal Supremo insiste en que «nada hay que oponer a que la imposición del control en continuo de las emisiones contaminantes se efectúe incluso en un momento posterior al de la concesión de la AAI, dada la finalidad de ésta y la racionalidad de los supuestos contemplados en el referido precepto». Así como tampoco es un impedimento que la AAI fuera anterior a esta normativa andaluza porque debe adaptarse a dicha normativa.

Para concluir con esta primera parte general, aduce los principios de prevención y de cautela previstos en la normativa ambiental de la UE, estatal y autonómica para justificar adicionalmente nuevas condiciones a una autorización ambiental. No obstante, se encuentra a faltar un mayor tratamiento jurídico de estos importantes principios más allá de casi su sola cita.

En base a los fundamentos jurídicos esgrimidos, el Tribunal Supremo da respuesta a la cuestión planteada señalando que «el órgano ambiental competente puede modificar de oficio una autorización ambiental integrada (AAI), procediendo a exigir nuevas condiciones —como la instalación de un sistema automático de medida (SAM)—, en cualquier momento, incluso sin haber cambiado las circunstancias de la instalación o de sus impactos que concurrieron en la tramita-

ción y resolución inicial, siempre que lo haga (i) ateniéndose a los principios de cautela y de acción preventiva, (ii) ajustándose a la finalidad de la AAI, (ii) respetando el correspondiente marco normativo de aplicación y (iii) motivando de modo razonable y suficiente que la imposición de la nueva condición está justificada y es proporcionada al objetivo que se pretende conseguir». Sorprende que se cite en primer lugar los principios de cautela y prevención cuando, como hemos señalado, han sido casi simplemente enunciados al final de su razonamiento. Y aún más que aparezca el requisito de que la modificación esté justificada en base a su razonabilidad y proporcionalidad, cuando no se ha hecho mención alguna.

La segunda parte de la sentencia del Tribunal Supremo aplica esta doctrina jurisprudencial general al caso concreto que impone el sistema de medición en continuo para determinados contaminantes. Empieza destacando que tiene la cobertura normativa antes vista tanto de la legislación estatal como autonómica. Y luego manifiesta que está justificada y es razonable por los siguientes motivos: se trata de una actividad del grupo A que son las sometidas a controles de emisión más exigentes; se han vulnerado los valores límites de emisión de los contaminantes en años anteriores; tras el transcurso del tiempo la instalación ha quedado a poca distancia de un núcleo de población y es proporcionada porque se limita a tres de los quince contaminantes posibles y el coste estimado de 100.000 euros no es excesivo para la actividad.

La sentencia precisa y complementa la jurisprudencia sobre la modificación de oficio de las AAI, si bien hubiera sido oportuno hacer alguna referencia a la jurisprudencia clásica que ya admitió la modificación de oficio de las autorizaciones administrativas de actividades clasificadas para mostrar los avances que ahora se plantean. (AP)