

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. El artículo 73 LBRL solo ampara aquellos acuerdos vinculados a la supresión del grupo mixto y a la pérdida de facultades o beneficios que se derivan de la pertenencia a un grupo, pero no habilita a la corporación para privar a los diputados provinciales, a los que se considere como no adscritos, del núcleo de la función representativa que, constitucionalmente, les corresponde: participar en la actividad de control del Gobierno provincial, participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano y el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores funciones.

El hecho de que los diputados no adscritos tengan derecho a la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, incide en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial y determina la lesión de los derechos contenidos en el artículo 23.2 CE

Órgano: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional

Resolución: Sentencia núm.169/2009. Recurso de amparo núm. 6680/2004

Fecha: 9 de julio de 2009

Ponente: Don Javier Delgado Barrio

Disposiciones analizadas: Artículo 23 CE y 73 LBRL

Doctrina: El artículo 73 LBRL se limita a establecer que los miembros de las corporaciones locales que "no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia", en lugar de constituirse en grupo político, "tendrán la consideración de miembros no adscritos." Quiere ello decir que el precepto tan solo ampara aquellos acuerdos vinculados a la supresión del grupo mixto y a la pérdida de facultades o beneficios que se derivan de la pertenencia a un grupo, pero no habilita a la corporación para privar a los diputados provinciales, a los que se considere como no adscritos, de los derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos.

La supresión del grupo mixto y la consideración de sus miembros como diputados provinciales no adscritos de la corporación vulnera el artículo 23 CE, cuando ello incide en el núcleo de la función representativa que, constitucionalmente, corresponde a los miembros de una corporación provincial: participar en la actividad de control del Gobierno provincial, participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano y el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores funciones.

No vulnera el artículo 23 CE que la supresión del grupo mixto comporte la imposibilidad de que sus miembros declarados no adscritos puedan participar en la Junta de portavoces y desarrollar su actividad en régimen de dedicación exclusiva, así como la pérdida de los beneficios económicos y de la infraestructura asociada a la pertenencia al grupo mixto.

El hecho que los concejales no adscritos tengan derecho a la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial, lo que determina la lesión de los derechos contenidos en el artículo 23.2 CE

Supuesto de hecho

Los recurrentes, tras resultar elegidos como concejales en diversos municipios del partido judicial de Alicante por el PSPV-PSOE en las elecciones municipales de 25 de mayo de 2003, fueron proclamados diputados provinciales por la Junta Electoral de Zona. Una vez constituida la nueva corporación, solicitaron al portavoz del grupo socialista de la Diputación Provincial de Alicante formar parte del mismo, petición que les fue denegada al haber sido expulsados de la formación política por la que habían sido elegidos concejales (PSPV-PSOE). En la sesión plenaria de la Diputación Provincial de Alicante de 24 de julio de 2003, se acordó crear el grupo mixto con el fin de que pudieran integrarse en el mismo los diputados que no pudieran integrarse en los grupos políticos. Los recurrentes en amparo fueron adscritos al grupo mixto.

El Pleno de la Diputación Provincial de Alicante, en la sesión celebrada el 15 de abril de 2004, acordó considerar como miembros no adscritos, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 73.3, párrafo primero, *in fine*, LBRL, en la redacción que otorgó al referido precepto la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, a los diputados provinciales ahora recurrentes en amparo y a otro más, al no encontrarse ninguno de ellos integrado en el grupo político constituido por la formación electoral PSPV-PSOE, con la que concurrieron a las elecciones en las que fueron elegidos concejales.

En el referido Acuerdo se estableció, además, que la consideración como miembros no adscritos no impediría que estos diputados pudieran ejercer las funciones propias de su cargo. Se señalaba, en concreto, que podrían formar parte de las comisiones informativas, presentar escritos y mociones para ser debatidos en el Pleno e intervenir en sus debates en el turno de intervenciones. En relación con sus derechos económicos, se establecía que tendrían derecho a la percepción de asistencias y de las indemnizaciones que procedan. Este Acuerdo conllevó la desaparición del grupo mixto.

Contra este Acuerdo los recurrentes en amparo interpusieron recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo estimó el recurso mediante sentencia de 29 de junio de 2004, en la que declaró nulo el Acuerdo impugnado y reconoció a los

actores, como situación jurídica individualizada, “el derecho a proseguir en el grupo mixto con los mismos derechos individuales y colectivos reconocidos hasta la emisión del acto administrativo impugnado.”

La Diputación Provincial de Alicante interpuso recurso de apelación contra esta resolución y el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana lo estimó y confirmó la validez del Acuerdo de la Diputación Provincial de Alicante.

Contra esa sentencia formulan recurso de amparo por entender vulnerado el artículo 23 CE. Alegan los recurrentes que el Acuerdo de la Diputación Provincial de Alicante de 15 de abril de 2004, ratificado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, vulnera su derecho de participación política en condiciones de igualdad, ya que les privó de los derechos que, por formar parte del grupo mixto, les correspondían, menoscabando con ello su derecho de participación política. En concreto, señalan que perdieron el derecho a ejercer sus funciones con dedicación exclusiva tres de los diputados que formaban el grupo mixto.

También alegan que, como consecuencia de la desaparición del grupo mixto, perdieron los puestos de trabajo que se les había asignado (un funcionario de apoyo y asesoramiento por cada tres diputados o fracción igual o superior a dos y un auxiliar administrativo de apoyo a los grupos políticos de la corporación), así como la facultad de participar en la Junta de portavoces, de participar como grupo político en las comisiones informativas con representatividad proporcional, de participar en los organismos autónomos dependientes de la Diputación, así como de tener un despacho propio para el grupo, tarjetas e impresos.

El Tribunal Constitucional estima parcialmente la demanda de amparo, y anula el Acuerdo solo en lo que respecta a la privación del derecho a votar en las comisiones informativas.

Fundamentos de Derecho

1. Doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional reseña previamente su doctrina constitucional sobre el alcance del artículo 23 CE; en concreto debe destacarse:

—Que es doctrina del Tribunal reiterada en la STC 141/2007, de 18 de junio, F. 3, que “(...) el artículo 23.2 CE garantiza el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, así como que quienes hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga... Esta faceta del derecho fundamental hace que lo hayamos definido como un derecho de configuración legal (...)”

—Por esta razón, para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el artículo 23.2 CE, es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada

caso de aplicación. Sin embargo, señala el Tribunal Constitucional: “(...) la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el *status* jurídico aplicable al representante, ‘pues a estos efectos solo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa’ (STC 141/2007, de 18 de junio, F. 3; en el mismo sentido, SSTC 38/1999, de 22 de marzo, F. 2; 107/2001, de 23 de abril, F. 3).”

En la interpretación del artículo 73 LBRL, el Tribunal Constitucional precisa que el artículo “(...) se limita a establecer que los miembros de las corporaciones locales que ‘no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia’, en lugar de constituirse en grupo político, ‘tendrán la consideración de miembros no adscritos’. Quiere ello decir que el precepto tan solo ampara aquellos contenidos del Acuerdo impugnado vinculados a la supresión del grupo mixto y a la pérdida de facultades o beneficios que se derivan de la pertenencia a un grupo, pero no habilita a la corporación para privar a los diputados provinciales a los que se considere como no adscritos de los derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos (...)”

—En definitiva el Tribunal Constitucional argumenta que: “(...) Para determinar si existen las lesiones alegadas es preciso, por tanto, analizar si la decisión de considerar a los ahora recurrentes como diputados no adscritos y suprimir, como consecuencia de ello, el grupo mixto de la corporación, ha menoscabado los derechos de estos diputados provinciales a ejercer las funciones de representación inherentes a su cargo o, dicho en otros términos, si las limitaciones o restricciones que se derivan del referido Acuerdo inciden en el núcleo de su función representativa, ya que solo en este caso podría apreciarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados.”

2. La proyección al caso concreto de la doctrina constitucional: no vulnera el artículo 23 CE ni la imposibilidad de participar en la Junta de portavoces, ni la imposibilidad de desarrollar su actividad en régimen de dedicación exclusiva, ni la pérdida de los beneficios económicos y de la infraestructura asociada a la pertenencia al grupo mixto

El Tribunal Constitucional se refiere a la STC 141/2007, de 18 de junio, que, en relación a los parlamentarios, precisó que “el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno pertenece ‘al núcleo de su función representativa parlamentaria’ (F. 3)”, y es por ello que “De la afirmación de que forma parte del núcleo de la función representativa de los parlamentarios el ejercicio de la función legislativa y de la función de control de la acción del Gobierno cabe deducir que este núcleo esencial se corresponde con aquellas funciones que solo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución. Por esta razón, entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde

a los miembros de una corporación provincial se encuentran la de participar en la actividad de control del Gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores.”

La primera conclusión del Tribunal Constitucional es que ninguna de estas facultades se ve necesariamente comprometida como consecuencia de la supresión del grupo mixto, sin perjuicio de que las facultades que pertenecen al núcleo de la función de representación política de los diputados provinciales, puedan verse afectadas, más allá de por la propia disolución del grupo mixto, por alguna otra de las decisiones adoptadas por la corporación a través del Acuerdo impugnado.

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional establece:

“(…) La pérdida de la posibilidad de desarrollar su actividad en régimen de dedicación exclusiva, así como los beneficios económicos y la infraestructura asociada al grupo, son limitaciones que, con carácter general, no pueden considerarse lesivas de los derechos que consagra el artículo 23 CE.”

–Tampoco vulnera el artículo 23 CE la imposibilidad de formar parte de la Junta de portavoces que, para los diputados provinciales no adscritos, se deriva de la supresión del grupo mixto, toda vez que, como señala el Tribunal Constitucional: “(…) ni la Junta de portavoces ejerce competencias decisorias de ninguna clase, ni la participación en ella resulta determinante desde el punto de vista de la actividad de control o de la obtención de información necesaria para el desarrollo del resto de las funciones que pertenecen al núcleo de la función representativa que constitucionalmente corresponde a los diputados provinciales.”

3. La cuestión de la participación sin derecho a voto de los recurrentes en las comisiones informativas

Como se desprende del Acuerdo recurrido, la consideración de los diputados como miembros no adscritos no impide a los recurrentes ejercer las funciones de control del Gobierno provincial (pueden presentar mociones y escritos), ni tampoco su plena participación en el Pleno de la corporación (pueden

participar en las deliberaciones en el turno de intervenciones y ejercer el derecho al voto, que es un derecho individual de todos los miembros de la corporación), quedando, además, garantizado su derecho a asistir a las comisiones informativas y participar en sus deliberaciones.

El Tribunal Constitucional examina la circunstancia de que no puedan votar en estas comisiones y concluye que ello conlleva la vulneración del artículo 23 CE. Lo argumenta del siguiente modo:

“(…) A pesar de que la función de las comisiones informativas no es adoptar acuerdos, sino preparar el trabajo del Pleno, que será el órgano que, en su caso, adopte las decisiones correspondientes (...) a la vista de la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en su seno de cara al ejercicio de la función de control así como a la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, ha de concluirse que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones, pero no el derecho a votar en las comisiones informativas, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos contenidos en el artículo 23.2 CE alegada por los recurrentes.”

La conclusión anterior se lleva a cabo sin perjuicio de que “(…) ya sea a través de las normas que regulen la organización y funcionamiento de la corporación, o del propio Acuerdo a través del cual se materialice lo dispuesto en el artículo 73.3 LBRL, habrán de adoptarse las disposiciones organizativas que procedan, de cara a garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas no altere la exigencia de proporcionalidad.”

4. Fallo de la sentencia

Por todo ello, el Tribunal Constitucional estima parcialmente la demanda y solo declara la nulidad del Acuerdo adoptado por el Pleno de la Diputación Provincial de Alicante, en la sesión celebrada el 15 de abril de 2004, en lo que respecta a la privación del derecho a votar en las comisiones informativas.

Tribunal Constitucional. El artículo 107.1 de la Ley 33/2003 tiene formal y materialmente carácter de norma básica, al amparo del artículo 149.1.18 CE, y es insalvable la contradicción existente entre este precepto y el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, motivo por el cual el precepto autonómico es inconstitucional (con carácter mediato o indirecto, dado que en el momento en que se dictó la norma autonómica era plenamente compatible con la normativa estatal básica aplicable)

Supuesto de hecho

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Huesca plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón o, alternativamente, en relación con la disposición final segunda de la

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas, en cuanto la misma declara básico el artículo 107.1 de esta Ley.

El artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, establece lo siguiente:

Órgano: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional

Resolución: Sentencia núm. 162/2009. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5568/2007

Fecha: 29 de junio de 2009

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes

Disposiciones analizadas: Los artículos 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas y 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón

Doctrina: El artículo 107.1 de la Ley 33/2003 tiene formal y materialmente carácter de norma básica, al amparo del artículo 149.1.18 CE, y es insalvable la contradicción existente entre este precepto y el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, motivo por el cual el precepto autonómico es inconstitucional (con carácter mediato o indirecto, dado que en el momento en que se dictó la norma autonómica era plenamente compatible con la normativa estatal básica aplicable).

Para que se produzca la inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto es preciso que concurran dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.

Que el legislador estatal haya optado por el concurso, como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales de las administraciones públicas (sin perjuicio de los supuestos excepcionales en los que se admite la adjudicación directa), excluyendo en todo caso la subasta, no puede reputarse como una decisión que exceda del común denominador normativo que encierra el título básico contenido en el artículo 149.1.18 CE.

Esta opción del legislador estatal resulta justificada en atención a las garantías de igualdad y libre concurrencia de la contratación pública, ya que, frente al automatismo absoluto de la subasta (adjudicación al mejor postor), el concurso permite una mayor flexibilidad, al introducir la posibilidad de elegir a un adjudicatario teniendo en cuenta la proposición más ventajosa (no solo el precio, como en la subasta); lo que no contradice que los negocios jurídicos de explotación de bienes patrimoniales puedan estar destinados a obtener el máximo rendimiento económico para aquellos, pues dicha finalidad puede satisfacerse seleccionando al adjudicatario mediante concurso

“El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales se regirán por la normativa reguladora de la contratación. Será necesaria la realización de subasta pública, siempre que la duración de la cesión sea superior a cinco años o su precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto. Excepcionalmente, y de forma justificada, podrá hacerse por concurso, aun cuando el plazo de cesión sea superior a cinco años y su

precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios, cuando el arrendamiento o cesión de uso tenga por objeto el fomento de actividades de carácter económico y el destino del uso de los bienes patrimoniales sea la implantación o ejercicio de actividades propiamente económicas que redunden notoriamente en la satisfacción de necesidades de interés general de los vecinos. En todo caso, el usuario habrá de satisfacer un precio que no podrá ser inferior al seis por ciento del valor en venta de los bienes.”

A su vez, el artículo 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas, dispone que:

“Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente.” Este precepto tiene carácter de legislación básica, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 149.1.18 CE, conforme se establece en el apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003.

Para el órgano judicial promotor de la cuestión, la previsión normativa contenida en el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, vulnera lo dispuesto, con carácter básico, en el artículo 107.1 de la Ley 33/2003 y, a su vez, las competencias reservadas al Estado en el artículo 149.1.18 CE. Alternativamente, el órgano judicial cuestiona el apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003, en cuanto declara el carácter básico del artículo 107.1 de la propia Ley 33/2003, si se entendiera que con ello se excede de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.18 CE.

El Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad, y declara inconstitucional y nulo el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón.

Fundamentos de Derecho

1. Planteamiento de la cuestión

El Tribunal Constitucional establece que la Comunidad Autónoma de Aragón actuó dentro del margen de sus competencias cuando promulgó la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, en la que se contiene el precepto cuestionado (artículo 184.2), y que dicha regulación era plenamente compatible con la normativa estatal reguladora de la preparación y adjudicación de los contratos de arrendamiento, y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las entidades locales, en el momento en que la citada Ley aragonesa 7/1999 fue aprobada. Fue posteriormente cuando, al dictar el legislador estatal

la Ley 33/2003, surgió la contradicción entre la legislación estatal y la legislación aragonesa.

Por ello el Tribunal Constitucional establece que: "(...) la eventual apreciación de la infracción de la normativa básica determinaría que nos encontrásemos ante un supuesto de los que hemos calificado (por todas, SSTC 151/1992, de 19 de octubre, F. 1; 163/1995, de 8 de noviembre, F. 4; 166/2002, de 18 de septiembre, F. 3; y 87/2009, de 20 de abril, F. 2) como inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto, en cuanto que la infracción por la normativa autonómica del orden constitucional de distribución de competencias derivaría, en su caso, de su efectiva contradicción con la norma estatal básica. Ahora bien, para que dicha vulneración exista será necesaria, como hemos declarado en la citada doctrina, la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa."

2. El artículo 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas, respeta la doble dimensión (formal y material) consustancial a la noción de "bases".

El artículo 107.1 de la Ley 33/2003 cumple con el requisito formal de que la normativa básica venga incluida en la Ley votada en Cortes que designe su carácter de básica, o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad.

Respecto del carácter materialmente básico, el Tribunal Constitucional afirma que: "El establecimiento por el legislador estatal de esta norma, al amparo del artículo 149.1.18 CE, responde a la vinculación de las bases estatales con las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica, que rigen la contratación pública (SSTC 141/1993, de 22 de abril, F. 5, y 331/1993, de 12 de noviembre, F. 6), a fin de asegurar a los ciudadanos un tratamiento uniforme en sus relaciones con las administraciones públicas, que se vería comprometido, en lo que aquí importa, si las formas de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales pudieran ser diferentes en las distintas partes del territorio nacional."

A su vez desarrolla el razonamiento, al indicar: "(...) que el legislador estatal haya optado por el concurso como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales de las administraciones públicas (sin perjuicio de los supuestos excepcionales en los que se admite la adjudicación directa), excluyendo en todo caso la subasta, no puede reputarse como una decisión que exceda del común denominador normativo que encierra el título básico contenido en el artículo 149.1.18 CE, sin que le

corresponda a este Tribunal fiscalizar la oportunidad de esa concreta opción del legislador, plasmación de una legítima opción política."

En opinión del Tribunal Constitucional, esta opción del legislador estatal resulta justificada "en atención a las garantías de igualdad y libre concurrencia de la contratación pública, ya que, frente al automatismo absoluto de la subasta (adjudicación al mejor postor), el concurso permite una mayor flexibilidad, al introducir la posibilidad de elegir a un adjudicatario teniendo en cuenta la proposición más ventajosa (no solo el precio, como en la subasta) (...) (lo que) no se contradice con la afirmación de que, tratándose—como se trata en el precepto autonómico cuestionado— de negocios jurídicos de explotación de bienes patrimoniales de las entidades locales, 'estos bienes están destinados a obtener el máximo rendimiento económico para aquellas, al igual que ocurre con los bienes cuyo titular es un particular' (STC 166/1998, de 15 de julio [RTC 1998, 166], F. 13), pues dicha finalidad puede satisfacerse perfectamente seleccionando al adjudicatario mediante concurso (...)"

Finalmente, el Tribunal Constitucional descarta que la regulación establecida por el artículo 107.1 de la Ley 33/2003 sea tan minuciosa o exhaustiva que no deje espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo en esta materia. Lo argumenta del siguiente modo: "(...) al optar el legislador estatal por el concurso como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de bienes patrimoniales de las administraciones públicas (con la admisión, con carácter excepcional, de la adjudicación directa), no se agotan las posibilidades de que el legislador autonómico con competencia para ello pueda llevar a cabo desarrollos normativos que, sin detrimento de la eficacia de la norma estatal básica, contengan prescripciones y peculiaridades de detalle o de procedimiento (tales como los criterios de valoración de las ofertas, la admisibilidad de variantes o mejoras, el número mínimo de ofertas a solicitar en los supuestos de adjudicación directa, etc.) que las comunidades autónomas hayan estimado conveniente introducir (SSTC 32/1981, de 28 de julio, F. 6; 1/1982, de 28 de enero, F. 1; 49/1988, de 22 de marzo, F. 16; 197/1996, de 28 de noviembre, F. 5; y 109/2003, de 5 de junio, F. 4, entre otras)."

En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera el artículo 107.1 de la Ley 33/2003 básico, desde el punto de vista material.

3. Existe una contradicción insalvable por vía interpretativa entre la norma legal estatal y la autonómica

La contradicción resulta del hecho de que mientras que "el precepto básico estatal prescribe el concurso como forma general de adjudicación de cualquier 'contrato para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales' (salvo en los casos excepcionales en que se admite la adjudicación directa)", por el contrario "la norma aragonesa impone la subasta como forma de adjudicación en los arriendos o cualquier otra forma de cesión del uso de bienes patrimoniales 'siempre que la duración

de la cesión sea superior a cinco años y su precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto', admitiendo solo excepcionalmente el concurso, en los supuestos especificados en el párrafo 2 del propio artículo 184.2." Es decir, para un mismo supuesto de hecho, la consecuencia jurídica del precepto legal autonómico es radicalmente distinta a la prevista en la norma básica estatal sobrevenida.

El Tribunal Constitucional concluye que: "Así pues, teniendo el artículo 107.1 de la Ley 33/2003 formal y materialmente carácter de norma básica, al amparo del artículo 149.1.18 CE, y siendo insalvable la contradicción existente entre este precepto y el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, ha de concluirse que el precepto autonómico es inconstitucional."

4. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

En este punto, el Tribunal Constitucional establece que: "(...) los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad (artículo 39.1 LOTC) del artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón

7/1999 deben desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal (SSTC 27/1987, de 27 de febrero, F. 9 *in fine*, y 1/2003, de 16 de enero, F. 9), no siendo susceptibles de ser revisadas como consecuencia de esta declaración de nulidad las situaciones jurídicas consolidadas, tanto las decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 LOTC) en las que se haya aplicado el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, como, por exigencia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), las establecidas en aplicación de ese mismo precepto mediante acto administrativo firme (por todas, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, F. 11, y 179/2006, de 13 de junio, F. 11)."

5. El fallo de la sentencia

El Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad, y declara inconstitucional y nulo el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón.

Tribunal Constitucional. El Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, para excluir de la policía municipal a una persona que tenía la condición de funcionario en prácticas, utilizó información sobrevenida y obtenida de forma irregular y no contrastada. El hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información que ha sido obtenida con infracción del artículo 18.1 CE, y que contradice los hechos resultantes del proceso selectivo municipal que se llevó a cabo, ha de calificarse de absolutamente desproporcionado y conlleva la anulación del acto de exclusión del procedimiento selectivo

Órgano: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional

Resolución: Sentencia núm. 159/2009. Recurso de amparo núm. 9914/2006

Fecha: 29 de julio de 2009

Ponente: Don Vicente Conde Martín de Hijas

Disposiciones analizadas: Artículo 18.1 CE

Doctrina: El Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, para excluir de la policía municipal a una persona que tenía la condición de funcionario en prácticas, utilizó información sobrevenida y obtenida de forma irregular y no contrastada. El hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información que ha sido obtenida con infracción del artículo 18.1 CE, y que contradice los hechos resultantes del proceso selectivo municipal que se llevó a cabo, ha de calificarse de absolutamente desproporcionado, y conlleva la anulación del acto de exclusión del procedimiento selectivo.

Existen límites respecto al carácter secreto de los datos relativos a la salud que determinan que, en su caso, no toda injerencia o afectación de este derecho resulta ilegítima, así:

- cuando medie el previo consentimiento (eficaz) del afectado, que permite la inmisión en el derecho a la intimidad y que, lógicamente, puede ser revocado en cualquier momento;
- cuando encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando se respete el contenido esencial del derecho;
- las posibles limitaciones deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, que sea proporcionada, y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora

Supuesto de hecho

El demandante de amparo participó (más o menos en el mismo período de tiempo, pero de forma secuenciada) en dos procesos selectivos: uno (el primero) para el ingreso en la

Ertzaintza, y otro (posterior) para el ingreso en la policía municipal de Donostia-San Sebastián. Fue excluido del primero por padecer una enfermedad prevista en el cuadro de exclusiones médicas (exclusión médica prevista en el punto 39 del

título M de la convocatoria, “patologías diversas” (diabetes mellitus). En cambio, en el segundo proceso selectivo fue nombrado funcionario en prácticas de la policía municipal, tras superar la fase de concurso-oposición, tres exámenes médicos y el curso de formación en la Academia de Policía Vasca.

Durante su estancia en la Academia de Policía del País Vasco el recurrente fue visto de uniforme por uno de los miembros del Tribunal médico del proceso selectivo para el ingreso en la Ertzaintza, quien, conociendo que había sido excluido del mismo, lo comunicó telefónicamente a los servicios médicos del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, que alertaron a la directora de Régimen Interior del Ayuntamiento de la recepción de dicha llamada telefónica y su contenido.

Mediante escrito de 9 de enero de 2004, la directora de Régimen Interior se dirige a la directora de la Academia de Policía del País Vasco, solicitándole que se le indicara de forma oficial si el Sr. O. L. había sido excluido de un proceso selectivo anterior por alguno de los motivos del cuadro de exclusiones médicas aplicables a los cuerpos de policía, y si dicha circunstancia seguía siendo motivo de exclusión. La respuesta, fechada en 12 de febrero de 2004, advertía que los datos solicitados se encontraban en un fichero de datos de carácter personal, a los que la orden del consejero de Interior atribuía un nivel alto de seguridad, que no podían facilitarse sin el consentimiento del afectado por imperativo de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

El 9 de febrero de 2004 el presidente del Tribunal médico del proceso de selección de agentes de la Ertzaintza remitió escrito al servicio médico del Ayuntamiento, dando cuenta de que el recurrente se encontraba afectado por una causa de exclusión médica de las consideradas definitivas, y que, por este motivo, había sido excluido del proceso selectivo para ingreso en la Ertzaintza. Mediante oficio posterior, el 18 de febrero, el citado médico concretaba que la enfermedad que padecía el recurrente era diabetes mellitus.

En paralelo, mediante resolución de 5 de febrero de 2004, se notificó al recurrente la resolución de la directora de Régimen Interior, en la que se ponía de manifiesto que se encontraba incurso en causa de exclusión médica (que no se concretaba), motivo por el que se tramitaba expediente de expulsión del proceso selectivo, otorgándole un plazo de diez días para que realizase las alegaciones que considerara oportunas, lo que verificó el recurrente en fecha de 16 de febrero de 2004, remarcando que había superado con éxito tres exámenes médicos, con su correspondiente analítica, sin que se hubiera detectado enfermedad alguna. El 25 de febrero del mismo año, sin realizarse prueba médica alguna, la concejala delegada de Servicios Generales dictó resolución acordando su exclusión del procedimiento de selección de 84 plazas de agente de guardia municipal.

Contra dicha resolución, interpuso recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de San Sebastián, que dictó sentencia el 22 de noviembre de 2005 estimándolo, y ordenando la readmisión del demandante como funcionario en prácticas, así como el abono de las cantidades y salarios retenidos por causa de la resolución impugnada, y el pago de los correspondientes intereses legales.

El Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián recurrió en apelación la citada sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual lo estimó por sentencia de 26 de julio de 2006, revocando la sentencia del Juzgado.

La persona afectada formula recurso de amparo y el Tribunal Constitucional lo estima y anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Fundamentos de Derecho

1. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad personal

El Tribunal Constitucional asevera que el derecho a la intimidad “(...) aparece configurado como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad, y que deriva de la dignidad de la persona humana que reconoce el artículo 10 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 70/2009, de 23 de marzo, F. 2; 206/2007, de 24 de septiembre, F. 4; 236/2007, de 7 de noviembre, F. 10; 196/2004, de 15 de noviembre, F. 2; 207/1996, de 16 de diciembre, F. 3.b).”

El derecho a la intimidad, a fin de preservar ese espacio reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, confiere a la persona, recuerda el Tribunal Constitucional, “(...) el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (entre otras, SSTC 70/2009, de 23 de marzo, F. 2; 206/2007, de 24 de septiembre, F. 5; y 196/2004, de 15 de noviembre, F. 2). En definitiva, como dijimos en la STC 85/2003, de 8 de mayo, F. 21, lo que garantiza el artículo 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada.”

2. La información relativa a la salud se incluye en el ámbito del derecho a la intimidad

El padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno.

En este sentido el Tribunal Constitucional reitera que:

“(...) El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, F. 2), quedando afectado

en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento. Dicha apreciación se coherente con nuestras pautas sociales, como lo demuestra el hecho de que en el ámbito de la legalidad ordinaria el acceso y el uso de información relativa a la salud se rodea de garantías específicas de confidencialidad, subrayándose la estrecha relación entre el secreto profesional médico y el derecho a la intimidad. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como recordamos en la ya citada STC 70/2009, ha insistido en la importancia que para la vida privada poseen los datos de salud (en este sentido, STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia, § 32), señalando que ‘el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención’, por lo que ‘la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997, § 95, y caso L.L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006, § 44).’”

3. La existencia de límites en cuanto al derecho al secreto sobre la información relativa a datos referentes a la salud

Existen límites respecto al carácter secreto de los datos relativos a la salud que determinan que, en su caso, no toda injerencia o afectación de este derecho resulta ilegítima. Límites que resume el Tribunal Constitucional:

–Cuando medie el previo consentimiento (eficaz) del afectado, que permite la inmisión en el derecho a la intimidad y que, lógicamente, puede ser revocado en cualquier momento (STC 196/2006, de 3 de julio, FF. 5 y 6).

–Cuando encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando se respete el contenido esencial del derecho (STC 292/2000, de 30 de diciembre, F. 9, y ATC 212/2003, de 30 de junio).

–Todo ello sin olvidar que las posibles limitaciones del derecho fundamental a la intimidad personal deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, que sea proporcionada, y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 16; 70/2009, de 23 de marzo, F. 3).

En relación a estos extremos debe destacarse la doctrina del Tribunal Constitucional siguiente:

“(…) A esto se refiere nuestra doctrina sobre el carácter no ilimitado o no absoluto de los derechos fundamen-

tales, puesto que el contenido del derecho a la intimidad personal, como el de cualquier otro derecho, se encontrará delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales (SSTC 156/2001, de 2 de julio, F. 6; 14/2003, de 28 de enero, F. 5). Así, aunque el artículo 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad –a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE–, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información. De este modo, como ya pusimos de manifiesto en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, ya citada, la salvaguarda de la salud de los trabajadores (cuando se trata de verificar si el estado de salud de un trabajador puede causar un peligro para él mismo o para terceros) ‘es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral’, aun cuando suponga una restricción de la libre disposición del sujeto sobre el ámbito de su intimidad.

“(…)”

“En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como hemos señalado en la ya citada STC 70/2009, a la que nos remitimos, que reconoce la posible existencia de límites a la garantía de la intimidad individual y familiar del artículo 8 CEDH (como puedan ser las medidas que se adopten para garantizar la seguridad del Estado o la persecución de infracciones penales), siempre que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la Ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; *mutatis mutandis*, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997).”

4. Pueden haber intromisiones legítimas y no legítimas en ese ámbito de intimidad

El Tribunal sintetiza su doctrina respecto del carácter legítimo o ilegítimo de la intromisión del siguiente modo:

“(…) Existirá intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, F. 2), o bien cuando, aun

persiguiendo un fin legítimo previsto legalmente (de forma tal que se identifique el interés cuya protección se persigue de forma concreta y no genérica, STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 11), la medida adoptada no se revele necesaria para lograr el fin previsto, no resulte proporcionada o no respete el contenido esencial del derecho (por todas, STC 70/2009, de 23 de marzo, F. 3). Ello implica realizar un juicio de proporcionalidad que requiere la constatación de que la medida restrictiva adoptada cumple los tres requisitos siguientes: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea además necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que la medida adoptada sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en un juicio estricto de proporcionalidad (entre otras STC 281/2006, de 9 de octubre, F. 2 –y las que allí se citan– y STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 4).”

5. La proyección de la doctrina al caso concreto: juicio de idoneidad, de necesidad y del carácter ponderado o equilibrado de la actuación

Para el Tribunal Constitucional resulta evidente que la comunicación de la información relativa al estado de salud del demandante, y su utilización por parte del Ayuntamiento en un proceso selectivo diferente y ajeno a aquel donde fue obtenida, sin información ni consentimiento del interesado, ha supuesto una injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente. La cuestión, por tanto, radica en determinar si esa afección o restricción del derecho puede considerarse constitucionalmente legítima.

El Tribunal argumenta que en este caso debe afirmarse la existencia de un fin constitucionalmente legítimo. Así, la especial misión que cumplen los cuerpos y fuerzas de seguridad (de acuerdo con el artículo 104 CE) implica la observancia de especiales requisitos de idoneidad profesional en cuanto a la condición física y psíquica del aspirante. Lo que justifica que las normas reguladoras de los procesos selectivos examinados prevean la realización de cuantas pruebas médicas sean precisas, en orden a comprobar su adecuación al cuadro de exclusiones médicas establecido para el ingreso en la categoría. Estas previsiones normativas persiguen el objetivo, constitucionalmente legítimo, de garantizar la capacidad de los agentes de policía.

El Tribunal Constitucional asevera que “(...) la Ley garantiza que esa limitación a la libre disposición del individuo sobre su estado de salud se produzca dentro de un proceso selectivo, en el que se realizan los controles médicos para determinar la capacidad física y psíquica de los aspirantes (controles que, además, pueden sucederse a lo largo del tiempo) dentro de un procedimiento establecido.” Para inmediatamente concluir que “(...) de estas previsiones legales no se

deriva una habilitación para que se produzca el intercambio o cruce de datos médicos entre las diversas administraciones que convocan procesos selectivos”, y que “(...) la legitimidad del fin perseguido no justifica que el Ayuntamiento haya actuado sin seguir el procedimiento legalmente establecido, desde el momento en que el dato relevante y determinante de la decisión de la exclusión, el único elemento en que se funda dicha decisión, es una información que ha sido facilitada (y recibida) con clara vulneración del derecho a la intimidad.”

Para estimar el recurso realiza el razonamiento a modo de conclusión siguiente:

“(...) La actuación al margen de los procedimientos legalmente establecidos convierte la decisión administrativa en desproporcionada. En efecto, el Ayuntamiento dispuso, y dispone, de medios para acreditar la aptitud o falta de aptitud del aspirante. De hecho el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián sometió al recurrente a tres reconocimientos médicos con sus correspondientes analíticas, que arrojaron un resultado de aptitud médica. Consta en el expediente administrativo comunicación del médico de empresa en la que se pone de manifiesto que el recurrente ‘pasó reconocimiento médico (para agentes interinos) el 30 de mayo de 2001, siendo su estado de salud satisfactorio y analíticas y pruebas normales. Nueva analítica y pruebas el 27 de marzo de 2002, con resultados de completa normalidad. Nuevo reconocimiento médico y pruebas analíticas el 7 de mayo de 2003, con ocasión del OPE 2001, siendo declarado apto médico.’ Sobre esa base resulta claramente desproporcionado que utilice información sobrevenida y obtenida de forma irregular y no contrastada (pues el Ayuntamiento no realiza ninguna prueba tendente a corroborar ese dato) para adulterar el resultado final al que había llevado la superación de las diversas pruebas por el demandante. El hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información que ha sido obtenida con infracción del artículo 18.1 CE, y que contradice los hechos resultantes del proceso selectivo municipal que se llevó a cabo, ha de calificarse de absolutamente desproporcionado. No se supera, así, el juicio estricto de proporcionalidad, sobre todo cuando queda acreditado en autos que durante todo el tiempo en el que el demandante mantuvo la relación con el Ayuntamiento no cursó baja médica alguna.”

6. El fallo de la sentencia

El Tribunal Constitucional estima el recurso; otorga el amparo solicitado; declara vulnerado el derecho del recurrente a la intimidad personal (artículo 18.1 CE) y anula la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de julio de 2006.