

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
TOMÁS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN
JOAQUÍN TORNOS MAS

Universidad de Barcelona

I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. PRINCIPIO DE FACILIDAD PROBATORIA E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. DEBER DE CUSTODIA DE LA DOCUMENTACIÓN CLÍNICA

El carácter objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración en el ordenamiento español ofrece, como sabemos, múltiples excepciones y serios matices. En realidad, existen enteros ámbitos sectoriales donde claramente está vigente, con escasas excepciones, un sistema de responsabilidad por culpa. La doctrina científica así lo ha venido señalando en los últimos años, y la jurisprudencia confirma a diario esta situación.

En efecto, en alguna ocasión hemos hablado, parafraseando a DUGUIT, de la existencia de una suerte de «escala de la responsabilidad» que ofrece diversos grados sucesivos de exigencia del elemento subjetivo de la culpa, hasta que llega a desaparecer y entonces asume el proclamado carácter objetivo, pero ya no será con carácter general y homogéneo. En una palabra, el sistema de responsabilidad patrimonial no es uniforme. Basta pensar en la solución que la jurisprudencia ofrece a los casos de responsabilidad por anulación de actos administrativos discrecionales, en aplicación de la denominada «doctrina del margen de tolerancia», corriente jurisprudencial criticada por parte de la doctrina, pero plenamente vigente en los supuestos concretos sobre los que se proyecta, y que exige una «especial y flagrante desatención normativa» por parte de la Administración para declarar su responsabilidad (T. FONT, «Hacia la “escala de la responsabilidad”: primer paso, la anulación de actos discrecionales», *REDA*, 106, 2000).

El ámbito de la asistencia sanitaria pública, al que se refiere precisamente la sentencia que aquí se comenta, es uno de los que más claramente rehúyen la aplicación de un sistema objetivo por el simple funcionamiento del servicio, exigiéndose de forma generalizada la concurrencia de una infracción de la *lex artis ad hoc*, la mala praxis médica, para apreciar la responsabilidad de la Administración.

Ahora bien, una vez admitido que en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración existe un cierto campo donde rige el principio de la culpa o negligencia, el funcionamiento anormal, con lo que se restringen enormemente los supuestos indemnizatorios de daños efectivamente padecidos, admitido esto, decimos, inmediatamente se aprecia que entonces se aplican también aquí aquellos mecanismos que han surgido en el campo de la responsabilidad civil aquiliana para atemperar sus efectos exculpatorios y ampliar así la función reparadora del sistema de responsabilidad.

Entre dichos mecanismos que pueden compensar los efectos no deseados de un sistema culpabilístico se encuentra la inversión de la carga de la prueba de dicha culpa o negligencia. La doctrina administrativa ha estado atenta a la aplicación de esta figura en el campo de la responsabilidad de la Administración, e incluso a su generalización. Así, en aquellos supuestos en que el título de imputación fuese el funcionamiento anormal del servicio, una vez probada la realidad del daño y su relación causal con la actividad administrativa, correspondería a la Administración acreditar que el funcionamiento del servicio fue ajustado a la diligencia exigible. De lo contrario, respondería por los daños sufridos (por todos, O. MIR, «Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración», en AA.VV., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, 2009).

Pues bien, aun sin esperar a esta generalización, la inversión de la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad administrativa está siendo aplicada normalmente por nuestros tribunales. Ello es coherente con situaciones en las que existe claramente una mayor facilidad probatoria por parte de la Administración, dueña y concedora del servicio público causante de la lesión.

La inversión de la carga de la prueba ha resultado especialmente significativa en el ámbito sanitario, ya que por las características mismas del servicio, del conocimiento técnico-científico asociado al mismo, así como del tipo de documentación y otra clase de material que se genera en el desarrollo de la actividad prestacional médica, la Administración sanitaria está, sin duda, en mejores condiciones para ofre-

cer el medio de prueba y, aún más, en ocasiones es la única que puede disponer de la misma.

Así, por ejemplo, en los casos de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, especialmente en quirófanos, donde aún se tiende a admitir supuestos estrictos de responsabilidad objetiva, la Administración debe destruir la presunción de imputación no sólo invocando el cumplimiento de los protocolos de asepsia, ni tan sólo aportando dichos protocolos, como a menudo se hace, sino aportando la documentación u otro medio de prueba que fehacientemente acredite su efectivo cumplimiento en el caso concreto. También en los casos en que se imputa a la Administración la infracción del deber de información al paciente, el consentimiento informado, es a ella a quien corresponde probar, con la aportación del documento debidamente firmado por el paciente, que cumplió con el deber señalado. Incluso se ha sostenido que en los supuestos de producción de daño desproporcionado la mera comprobación de un daño de esta clase hace presumir la culpa administrativa, que deberá ser rebatida por la Administración y acreditar las circunstancias en que se produjo el daño. Así lo vienen declarando los órganos consultivos que intervienen en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, de acuerdo con la jurisprudencia existente.

El supuesto que ahora traemos a colación se sitúa en esta línea, en un aspecto que puede resultar clave a la hora de decantarse por una respuesta afirmativa o negativa ante una reclamación de responsabilidad administrativa patrimonial en el ámbito sanitario. Dicho aspecto se vincula al «dominio» que la Administración tiene de la realización de una técnica determinada que puede resultar fundamental a la hora de fijar responsabilidades. El caso de la sentencia del TS de 27 de abril de 2015 (Rec. 2114/2013, ponente REQUERO IBÁÑEZ), que aquí se comenta, procede de un supuesto en que los padres de una niña nacida con graves problemas de salud por hipoxia habían visto rechazada su reclamación en vía administrativa (por silencio) y ante el TSJ de Murcia por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria durante el parto, en el año 1996. El elemento determinante en este caso era la ausencia de monitorización o, en su caso, la falta de soporte de su registro gráfico o de anotación de los datos correspondientes. El Supremo detecta en este punto una contradicción en la sentencia de instancia, ya que durante el lapso de tiempo controvertido del parto cambia de apreciación al pasar de considerar la falta de monitorización a considerar la falta de su registro, que sería no ya imputable al médico sino al «sistema». El Supremo, planteada en estos términos la cuestión central objeto de controversia, trae a colación tres sentencias precedentes

que resolvieron sendos recursos de casación, y que servirán de modo muy directo para resolver el presente supuesto. Hagamos referencia primero a estos antecedentes y luego a la conclusión del caso.

Las sentencias explícitamente mencionadas por la que aquí comentamos son las SSTs de 2 de noviembre de 2007 (Rec. 9309/2003, ponente HERRERO PINA), de 23 de diciembre de 2009 (Rec. 1364/2008, ponente MENÉNDEZ PÉREZ) y de 2 de enero de 2012 (Rec. 3156/2010, ponente LECUMBERRI MARTÍ). Estas tres resoluciones van en un mismo sentido. En la primera se pone de manifiesto que en el ámbito sanitario hay que acudir al criterio de la *lex artis* para apreciar la responsabilidad, siendo la obligación de los profesionales de la salud de medios, no de resultados. En el caso examinado, se concluye que la aportación de los datos de la monitorización hubiera resultado clave como elemento de prueba, cuestión que ha de ponerse en relación con la facilidad de la prueba. La sala de instancia, en cambio, optó por dar prevalencia a las declaraciones de facultativos, con el argumento de la suficiencia técnica que se les presume. El Supremo desactiva este argumento y afirma que la falta de aportación de un elemento trascendente de prueba no puede beneficiar a la Administración causante de tal falta. En la segunda sentencia, de 23 de diciembre de 2009, el Alto Tribunal parte de la existencia de dudas serias sobre la existencia de la monitorización de la gestante, así como del tipo de monitorización, de haber existido. Habiendo quedado clara su necesidad, conforme a las reglas de la distribución de la carga de la prueba, debe ponerse a cargo de la Administración sanitaria la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la *lex artis*, es ella quien tiene el deber de custodia de la documentación y de los registros que en este caso no son disponibles y que hubieran permitido una «mayor luz» sobre el desencadenamiento real de los hechos. En la tercera de las sentencias mencionadas, de 2 de enero de 2012, el Supremo comienza señalando que no se trata de cuestionar el principio de libre apreciación de la prueba y la valoración conforme a las reglas de la sana crítica de la sala de instancia; pero en el caso constata que se olvidan datos muy relevantes, y que esa información está en poder de la Administración sanitaria, pudiendo comportar su falta una influencia importante en la imposibilidad de formular hipótesis sobre lo ocurrido al feto. Es la Administración la que debe correr con los perjuicios de esta situación, siendo así que tampoco ha probado otro motivo que pudiera dar lugar a la inexistencia de responsabilidad. La Administración estaba en mejor posición para hacer posible la defensa de una hipótesis.

Sobre la base de la contundencia de estos precedentes que declaraban haber lugar a la casación y resolvían a favor del reconocimiento de la responsabilidad, en el caso aquí comentado el Supremo concluye en la misma línea. Desde el punto de vista fáctico, se destaca que «todos los informes echan en falta la gráfica de la monitorización que se considera una prueba esencial sobre el estado del feto», y queda acotado un lapso temporal en el que se produce ese relevante y decisivo vacío documental, vacío que impide la prueba sobre la que se pueda basar la demanda, y que no puede beneficiar a su causante. Ante la falta de conocimiento sobre si hubo monitorización, no se puede presumir que no ocurrió nada o que de haber ocurrido no habría causado el daño, actuación que beneficiaría a la Administración, que debe facilitar una prueba esencial. Era carga de los recurrentes probar la hipoxia, y se ha probado; pero para probar que dicha hipoxia fue producida por falta de vigilancia del bienestar fetal era necesario contar con el soporte gráfico mencionado, soporte que no se pudo aportar por pérdida, por falta de conservación o por falta de anotaciones, siempre causas atribuibles a la Administración y que, por tanto, no pueden ir en detrimento de los recurrentes. Es decir, no deja de aplicarse la carga procesal de probar los hechos que fundamentan la pretensión a los demandantes, pero «desde» el principio de disponibilidad o facilidad probatoria. De este modo, la sentencia estima el recurso de casación y aprecia un funcionamiento anormal por falta de constancia de la vigilancia de la frecuencia cardíaca fetal, a lo que tampoco se deja de añadir el fracaso de la extracción realizada. El Supremo resuelve el litigio con el reconocimiento de una cuantía de 600.000 euros y de una pensión vitalicia de 1.000 euros mensuales.

Establezcamos algunos elementos especialmente destacables a la vista de esta jurisprudencia, y en particular de esta sentencia:

1. No se cuestionan las reglas generales de la obligación de medios y no de resultados de la prestación sanitaria, así como de la necesidad de apreciar vulneración de la *lex artis* para determinar un supuesto de responsabilidad en el ámbito sanitario. Tampoco se cuestionan las reglas habituales de la carga de la prueba de los hechos por parte de los demandantes, ni las reglas de la libre apreciación de la prueba, ni de la sana crítica por parte de las salas de instancia en los casos de recurso de casación.

2. La clave en estos supuestos la constituye el principio de la facilidad o disponibilidad probatoria unido a los deberes de actuación de la Administración en la gestión de la información: en los casos en que

no se discute el deber de registrar un determinado seguimiento —monitorización— de una determinada prestación sanitaria —el parto—, y tampoco se discute el carácter decisivo de su constancia o registro escrito para la formulación de hipótesis sobre el origen de los daños producidos y para su prueba, es fundamental calibrar los deberes de la Administración en este ámbito.

3. Una prestación de calidad, satisfactoria, diligente, por parte de la Administración implica el deber de custodiar, conservar y aportar dichos registros. De manera que la no aportación de una documentación que para el particular resulta así de imposible acceso responde a una falta de diligencia que no puede beneficiar a la Administración, negando así la acreditación de nexo causal. Y menos en aras a una presunción de buena práctica cuando de lo que se carece es precisamente de un dato fundamental y de una prueba en contrario por parte de la Administración que la pudiera eximir de responsabilidad. Y ello a considerar, adicionalmente, en mayor o concurrente medida cuando hayan existido otras operaciones técnicamente fracasadas, teniendo en cuenta la globalidad de la actuación. En realidad, el deber de custodia de la documentación clínica, además de su importancia en relación a la prueba, entraría también dentro de los estándares de prestación del servicio cuyo incumplimiento denotaría, a su vez, un funcionamiento anormal que no puede beneficiar a la Administración (vid. F. J. RODRÍGUEZ PONTÓN, «La responsabilitat de les administracions sanitàries: algunes reflexions sobre la jurisdicció competent i la construcció dogmàtica de la responsabilitat administrativa», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2/1999).

4. La fuerza adquirida por la imposibilidad de que una conducta contraria a los deberes en el ámbito profesional de la Administración beneficie a la misma hace que el Tribunal Supremo no dude en llegar a estas apreciaciones, pese a situarse en un terreno delicado en el ámbito de la casación como es el de la valoración de la prueba.

5. Podemos contemplar la aplicación en estos casos de la facilidad probatoria como un factor de relativización del carácter no objetivo de la responsabilidad consolidado en el ámbito sanitario, tal y como se ha dicho más arriba. Pero también podemos contemplarla como una confirmación de la necesidad de abordar la diligencia, la *lex artis* en su actuación, porque qué mayor diligencia exigible a la Administración que el deber de gestionar adecuadamente su propia información para hacer posible el esclarecimiento del origen de un determinado daño acaecido en la prestación de un servicio público (TF y FR).

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y COMPETENCIAS MUNICIPALES EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS: EL CASO DEL NUDISMO

Los espacios públicos son lugares donde se ejercen no pocos derechos fundamentales y donde los municipios tienen competencias importantes (incluso a nivel normativo) para garantizar el libre ejercicio de estos derechos. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 (Sección Cuarta, recurso de casación núm. 1882/2013) examina si la práctica del nudismo en los espacios públicos puede considerarse un derecho fundamental y cuál es el alcance de las ordenanzas municipales para regularlo.

La citada sentencia del Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la «Associació per a la Defensa del Dret a la Nuesa» y desestima el recurso de casación de la Federación Española de Naturismo contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sección Quinta) de 25 de marzo de 2013 que declaró conforme a Derecho la modificación de 6 de mayo de 2011 de la Ordenanza municipal de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona a los efectos de introducir la prohibición de la práctica del nudismo.

En concreto, dicha modificación de la Ordenanza de convivencia prohibió ir desnudo o casi desnudo en los espacios públicos (excepto en los lugares públicos concretos autorizados por Decreto de Alcaldía) y transitar o permanecer en los espacios públicos en bañador u otra prenda de ropa similar (excepto en piscinas, playas u otros lugares donde sea normal o habitual estar con esta pieza de ropa, así como también en paseos marítimos, calles y vías inmediatamente contiguas a las playas). Además, tipificó como infracciones leves la realización de tales conductas prohibidas con las sanciones de multa de 300 a 500 € (en el caso de ir desnudo o casi desnudo) y 120 a 300 € (por llevar bañador o prenda similar). Ahora bien, la presentación de la correspondiente denuncia quedaba condicionada al incumplimiento de una previa advertencia de los agentes de la autoridad a los infractores de que su conducta estaba prohibida.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya rechazó todas las vulneraciones esgrimidas por los recurrentes, que podemos agrupar en los siguientes cinco bloques principales: a) infracción de los derechos fundamentales a la libertad ideológica, a la igualdad y a la intimidad; b) vulneración del principio de objetividad de la actuación administrativa; c) falta de competencia municipal para regular el nu-

dismo; d) infracción del principio de no ir en contra de los actos propios; y e) vulneración del principio de legalidad y tipicidad sancionadora. Veamos, sucintamente, la fundamentación de la sentencia.

En relación a los derechos fundamentales, la sentencia admite que la práctica del nudismo puede considerarse una manifestación de la libertad de creencias (art. 16 CE), pero entiende que no resulta vulnerada porque su proyección externa tiene un límite en la coexistencia de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, por lo que puede ser restringida por la necesidad de mantener el orden público y la convivencia pacífica. Tampoco considera que se hayan vulnerado el principio de igualdad (art. 14 CE) ni la objetividad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) en cuanto la restricción de la práctica del nudismo no puede ser reputada irrazonable o desproporcionada. Igualmente rechaza la afectación del derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos (art. 18 CE), pues la previsión de un requerimiento anterior a la formulación de una denuncia no implica la incorporación de tal requerimiento a un fichero de datos. Sobre la competencia municipal para regular el nudismo en los espacios públicos, se admite que el Ayuntamiento tiene competencias normativas sobre esta cuestión porque repercute en la convivencia local y que puede ser ponderada por la Corporación en base a su legitimidad democrática y representativa, con el consiguiente margen de apreciación razonable. Por lo que hace a la doctrina de no ir en contra de los actos propios, se afirma que los cambios respecto a las decisiones municipales anteriores sobre el nudismo están amparados en su facultad, de configuración legal, de modificar la normativa correspondiente. Y, finalmente, manifiesta que se respetan los principios de legalidad y tipicidad sancionadora porque los conceptos jurídicos indeterminados empleados no impiden un suficiente grado de conocimiento previo sobre el alcance de la prohibición y de los ilícitos administrativos.

Frente a esta sentencia las dos entidades recurrentes presentaron sendos recursos de casación, con una gran coincidencia de motivos, reiterando las vulneraciones ya planteadas en el proceso contencioso-administrativo, excepto la de ir contra los actos propios. Los cinco motivos de casación del recurso de casación de la Federación Española de Naturismo y los dos primeros de la «Associació per a la Defensa del Dret a la Nueva», se refieren a la infracción de los derechos fundamentales antes citados (arts. 14, 16 y 18 CE), la vulneración del principio de objetividad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) y la falta de competencia municipal para regular el nudismo (arts. 84.2, 139 y 140 LBRL). Se sostienen dichas vulneraciones en base a las siguientes argumentaciones.

Primera, el nudismo es una ideología cuya práctica está amparada por el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE), de manera que su manifestación externa sólo puede ser regulada por ley orgánica y con respeto a su contenido esencial, quedando, pues, excluidas las ordenanzas municipales. Se afirma que la prohibición del nudismo no puede ampararse en la cláusula de salvaguardia del orden público, pues dicha prohibición implica la negación de la pluralidad de credos y de posicionamientos ideológicos por cuanto se restringe indebidamente la manifestación externa de este derecho fundamental a la libertad ideológica. Se aduce la STS de la misma Sala de 14 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 4118/2011), en la que se consideró que el uso del velo integral es una manifestación externa de las creencias religiosas, merecedora del mismo tratamiento que la libertad religiosa a que se refiere el artículo 16 CE, y, por tanto, no puede ser regulado por una ordenanza municipal.

Segunda, se vulneran los artículos 14 y 103 CE por cuanto la normativa impugnada no regula en realidad el uso de espacios públicos, sino la libertad de expresión de la ideología de individuos concretos. No se permite a individuos concretos permanecer en un espacio público en función de una ideología u opinión y quedan excluidos de la moral pública oficial porque se les prohíbe manifestarse hacia los otros como realmente desean y quieren.

Tercera, se infringe el derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE) porque la nueva Ordenanza prevé la existencia de un fichero con la finalidad de anotar las personas advertidas que sirve para controlar la persistencia o no en la actividad del ciudadana.

Cuarta, el municipio no dispone de ninguna competencia para regular el nudismo porque no resulta de aplicación la cláusula de salvaguardia del orden público, ni es título habilitante suficiente el reconocimiento legal de competencias municipales en relación con las relaciones de convivencia de interés local (arts. 84.2, 139 y 140 LBRL). Tampoco el Ayuntamiento puede limitar el derecho fundamental a la libertad ideológica actuando como policía de moralidad.

El único motivo de casación no coincidente es el tercero de la «Asociación per a la Defensa del Dret a la Nuesa», relativo a la infracción de los principios de legalidad y tipicidad (arts. 25 CE y 129 Ley 30/1992), porque la Ordenanza incorpora conceptos jurídicos indeterminados, vagos e imprecisos que no permiten su adecuada concreción.

De todas estas vulneraciones el TS sólo estima esta última, relativa a los principios de legalidad y tipicidad, rechazando todas las demás. Veamos la fundamentación empleada.

Primero, en relación a la libertad ideológica (art. 16 CE), no comparte el punto de partida de la sentencia recurrida de incluir el nudismo dentro de este derecho fundamental porque, entonces, la Ordenanza no podría establecer su prohibición ni tipificar infracción alguna, pues la manifestación externa de aquel derecho fundamental sólo podría regularse por ley que debería respetar el contenido esencial de tal derecho. Puntualiza que la cuestión central objeto de la Ordenanza no reside en si el nudismo es o no una ideología, sino en su prohibición en espacios públicos. No se comparte la idea de que ir desnudo o en bañador en cualquier espacio público constituya, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias. Ni que la desnudez o ir en bañador deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en cualquier espacio público. Por estos motivos, rechaza que sea de aplicación al presente caso la STS de 14 de febrero de 2013 que declaró la nulidad de una ordenanza que prohibía el uso del velo en los espacios públicos. Se recuerda que dicha vestimenta (el velo) sí fue considerada expresión directa e indubitada de un determinado sentimiento religioso, claramente conectada con la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa, y, por tanto, cualquier prohibición o restricción de su uso debía hacerse por ley, respetando su contenido esencial.

Segundo, entiende que se han respetado el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y el principio de objetividad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) porque las vulneraciones alegadas están relacionadas con el derecho fundamental a la libertad ideológica, y su relación con el puro hecho de estar desnudo en los espacios públicos ya ha sido rechazada anteriormente. Niega que se pretenda imponer una moral pública oficial, sino que la finalidad es regular las relaciones de convivencia local en los espacios públicos. Se trata de establecer las condiciones de uso de los lugares públicos que reúnan unos mínimos de aceptación por los residentes y visitantes de la ciudad con la finalidad de asegurar la tranquilidad de los ciudadanos y el libre ejercicio de sus derechos. Sin perjuicio de las competencias municipales para regular las relaciones de convivencia local previstas por la legislación, se destaca su fundamento constitucional en la legitimación democrática de los municipios. A continuación declara que se han respetado los principios de igualdad de trato y necesidad con el objetivo perseguido (art. 84.2 LBRL). Se recuerda que la Ordenanza prohíbe muchas otras prácticas en los espacios públicos (entre ellas, el nudismo) sin que discrimine al ciudadano por sus circunstancias personales o porque se quiera impedir el ejercicio legítimo de un derecho. Simplemente, se

restringen determinadas actividades para cumplir con la finalidad de garantizar la pacífica convivencia y hacer posible el uso compartido de los espacios públicos sin que una parte de la población se sienta perturbada por la práctica de actividades que, como el nudismo, es notorio que no ha alcanzado una unánime e indiscutida aceptación.

Tercero, se rechaza la supuesta vulneración del derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE), reiterando la fundamentación de la sentencia recurrida. La previa advertencia de los agentes de la autoridad a los infractores de que su conducta está prohibida no comporta la creación ni gestión de ningún fichero de datos personales de «los amonestados». Dicha advertencia se refiere únicamente al momento concreto en que se detecta la posible comisión de la infracción a los efectos que el agente advierta al interesado de la prohibición para evitar que se formule una denuncia contra el mismo.

Cuarto, admite la competencia municipal para regular el nudismo en los espacios públicos en base a la, ya vista anteriormente, falta de conexión del nudismo con la manifestación externa de la libertad ideológica y a las competencias municipales reconocidas legalmente para regular las relaciones de convivencia de interés local (arts. 84.2, 139 y 140 LBRL). Habiendo examinado el respeto de los principios de igualdad y necesidad, ahora también declara la conformidad con el principio de proporcionalidad en base al alcance de la prohibición y a la calificación de la infracción. Pone de relieve que la Ordenanza no contiene una prohibición absoluta del nudismo o de ir en bañador en los espacios públicos, sino que permite el nudismo en los lugares autorizados y sólo prohíbe ir en bañador en determinados sitios especificados en los que no es habitual vestir esta prenda. Además, destaca que se ha calificado como leve la infracción referida a estas prohibiciones.

Finalmente, examina la infracción alegada de los principios de legalidad y tipicidad (arts. 25 CE y 129 Ley 30/1992) por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, vagos e imprecisos que no permiten su adecuada concreción. El Tribunal recuerda que no es contraria a dichos principios la utilización en el Derecho administrativo sancionador de «conceptos jurídicos indeterminados siempre que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de manera que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas prohibidas» (STS de la misma Sección de 15 de febrero de 1999). En contra de la sentencia recurrida, entiende que se incumplen estas exigencias con las expresiones «casi desnudo», «casi desnuda» u «otra prenda de ropa similar» (al bañador) porque no resulta posible determinar con un mí-

nimo grado de precisión las concretas características de las conductas que se sancionan.

En relación a las expresiones «casi desnudo» o «casi desnuda», se manifiesta que la evolución de las costumbres en lo que a la forma de vestir se refiere hace difícil determinar cuándo su vestimenta se aproxima a la desnudez. Incluso se afirma que es notorio la aceptación social de determinadas indumentarias que dejan al descubierto de manera apreciable, prácticamente en su totalidad, la mayoría del cuerpo de la persona. A pesar de que el Tribunal Supremo es consciente de la dificultad de especificar con claridad este supuesto, exige una mayor concreción a la Ordenanza. Se propone, a título meramente ilustrativo, la técnica del Derecho penal de utilizar criterios ejemplificativos que facilitan su concreción al permitir comparar los variados supuestos fácticos con los ejemplos previstos en la norma. La exigencia de mayor concreción se refuerza por tratarse de infracciones administrativas donde la tarea de subsunción no debe ser absolutamente discrecional y, por tanto, la norma sancionadora debe proporcionar los máximos parámetros de concreción y certeza en su aplicación.

De igual manera se razona con la expresión «otra prenda de ropa similar» al bañador por tratarse de una descripción excesivamente abierta de la conducta. La sentencia constata la enorme casuística de la realidad actual tanto por la, casi ilimitada, variedad de trajes de baño como por la similitud con innumerables vestimentas. Por ello, requiere una mayor concreción normativa para garantizar la seguridad jurídica y reducir al máximo las percepciones puramente subjetivas de los destinatarios de las normas prohibitivas y sancionadoras.

En cambio, sí declara conforme a los principios de tipicidad la expresión «otros lugares donde sea normal o habitual permanecer con esta prenda de ropa» porque es fácilmente reconocible cuáles son esos lugares, similares a las piscinas o playas, en los que la utilización de tal prenda de vestir es habitual. Además, advierte que la nulidad de esta expresión hubiera sido más perjudicial para quienes defienden el libre uso del traje de baño, pues tan sólo se admitiría en la playa y en la piscina, restringiendo todavía aún más la limitación prevista por la Ordenanza (AP).

III. EL RENDIMIENTO ACADÉMICO COMO ELEMENTO INTEGRANTE DEL RÉGIMEN DE BECAS Y AYUDAS AL ESTUDIO

El Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas. En su disposición adi-

cional primera habilita expresamente al Gobierno para que cada año, dentro de su primer trimestre, apruebe un Real Decreto en el que se especifiquen, para el curso correspondiente, determinados aspectos del régimen que becas y ayudas (por ejemplo, las enseñanzas para las que se concederán las becas y ayudas; las modalidades de becas y ayudas para cada enseñanza; los umbrales de renta y de patrimonio familiar para tener acceso a las becas y ayudas; los requisitos y condiciones socioeconómicas precisos para asegurar la igualdad en el acceso a las becas y ayudas de todos en todo el territorio). En uso de esta habilitación, el Gobierno dictó el Real Decreto 472/2014, de 13 de junio, por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2014/2015.

La Confederación Española de Asociaciones de Madres y Padres de Alumnos (CEAPA) interpuso, el 10 de julio de 2014, recurso contencioso-administrativo contra el citado Real Decreto 472/2014 (recurso núm. 444/2014). Recurso que es desestimado mediante la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2015, de su Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, siendo ponente el Excmo. Sr. D. José Luis REQUERO IBÁÑEZ.

La parte demandante fundamenta su recurso en dos tipos de argumentos. Ambos son rechazados por el Tribunal Supremo.

El primer tipo de razonamiento es de carácter formal. En concreto, se alega que en la tramitación del procedimiento de elaboración del Real Decreto 472/2014 se ha omitido la consulta al Observatorio Universitario de Becas, Ayudas al Estudio y Rendimiento Académico, de lo que se derivaría su nulidad. La sentencia desestima este motivo de impugnación. Es cierto que el Real Decreto 1220/2010, de 1 de octubre, por el que se crea este Observatorio, lo configura como un órgano consultivo cuya finalidad es contribuir a mejorar la eficiencia y transparencia del sistema de becas y ayudas universitarias. En coherencia con esta configuración, se le atribuyen un conjunto de funciones que se traducen en la elaboración de estadísticas, indicadores e informes. A pesar de ello, no tiene reconocida una función consultiva respecto de los proyectos normativos. A diferencia de lo que sucede con aquellos otros órganos igualmente consultivos que sí han intervenido en el procedimiento de tramitación del Real Decreto 472/2014, y cuyo informe es preceptivo (en concreto: Consejo de Universidades, Conferencia General de Política Universitaria y Consejo de Estudiantes Universitario del Estado).

Más interesante resulta la segunda clase de argumentos, que introducen razonamientos sustantivos vinculados al principio de igualdad y al mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos, in-

cluidos el Gobierno y la Administración, de remover los obstáculos que impidan hacer efectiva esa igualdad. La controversia se centra en el hecho de que el Real Decreto 472/2014 establece una nota mínima para el acceso a las becas y ayudas públicas, por un lado, y una cuantía variable de dichas becas y ayudas en atención al rendimiento académico, por el otro.

Sostiene la parte recurrente que la norma impugnada introduce un cambio de paradigma en materia de becas y ayudas: se pasa de un sistema basado en la situación socioeconómica del beneficiario a otro que toma como referencia fundamentalmente su rendimiento académico. Y ello, como hemos avanzado, en una doble vertiente: tanto en relación con el acceso al régimen de becas y ayudas como respecto a la determinación de su cuantía. Para la CEAPA, se introducen así unos cambios discriminatorios y que inciden negativamente en el cumplimiento por la Administración de su obligación constitucional de remover los obstáculos que impidan la existencia de una igualdad efectiva.

El Tribunal Supremo parte de reconocer que las becas y ayudas públicas tienen por objeto garantizar que sea efectiva la igualdad en el ejercicio del derecho de acceso a la educación respecto de estudiantes en condiciones socioeconómicas desfavorables, constituyendo un instrumento útil de remoción de obstáculos para lograr ese objetivo. Ahora bien, también es cierto —según el Tribunal— que constituye un mandato legal reiterado que se conjugue ese sistema con el rendimiento académico. En consecuencia, no es contrario al ordenamiento, antes al contrario es un fin lícito, que el sistema de becas, como subvención que es y, por tanto, como instrumento de la actividad administrativa de fomento, en cuanto recae sobre recursos económicos limitados, fomenta la responsabilidad en el estudio por parte de los beneficiarios, tanto para el acceso al sistema como para mantenerse después en él.

Añade la sentencia que la noción de «rendimiento académico» es un concepto jurídico indeterminado que está presente en nuestro sistema de becas y ayudas. En efecto, es el marco legal que regula el régimen de becas y ayudas quien ha tomado la siguiente doble decisión. Por un lado, que el concepto de «rendimiento académico» sea un componente del sistema de becas y ayudas. Y, por el otro, apoderar expresamente al Gobierno para que integre dicho concepto en la regulación que apruebe sobre la materia, tanto general como por cursos. Siendo esto cierto, sobre la parte recurrente recaía la carga procesal de alegar y demostrar que el Gobierno, en el Real Decreto 472/2014, ha hecho una inadecuada integración de la noción «rendimiento académico». En

otras palabras, a ella correspondía probar no el hecho objetivo de que la regulación contenida en la norma impugnada da lugar a un trato diferenciado, sino que dicho trato es contrario al Derecho por no estar justificado. Cosa que no hace. Por lo demás, el Tribunal Supremo no considera que las exigencias en que se concreta la noción de «rendimiento académico» en la norma impugnada (por ejemplo, en la fijación de la nota de acceso) sean irrazonables o bien desproporcionadas. Concluyendo, de esta forma, con la desestimación de este segundo motivo de impugnación y del recurso interpuesto (AG).

