



Roj: **STS 2574/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2574**

Id Cendoj: **28079130032018100292**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **06/07/2018**

Nº de Recurso: **2143/2016**

Nº de Resolución: **1152/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.152/2018

Fecha de sentencia: 06/07/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **2143/2016**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: MDC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **2143/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1152/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas



D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 6 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. **2143/2016**, interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, representada y asistida por la Abogacía del Estado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 31 de marzo de 2016, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 50/2015, a instancia de dicha Comisión, sobre la impugnación parcial del Decreto 72/2014, de 23 de julio, del Principado de Asturias, por el que se regula la utilización de unidades móviles por los servicios de prevención de riesgos laborales; ha sido parte recurrida el Principado de Asturias representado por el Letrado de sus Servicios Jurídicos en la representación que legalmente tiene atribuida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 50/2015 seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 31 de marzo de 2016, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO: Desestimamos el recurso interpuesto. Se imponen las costas a la parte recurrente. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos».

SEGUNDO.- La Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, presentó con fecha 22 de abril de 2016 escrito de preparación del recurso de casación.

La Letrada de la Administración de Justicia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordó por diligencia de ordenación de fecha 23 de mayo de 2016 tener por preparado el recurso de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala Tercera.

TERCERO.- La parte recurrente, presentó con fecha 7 de septiembre de 2016 escrito de formalización e interposición del recurso de casación -cuyos motivos se reseñarán más adelante-, en el que solicitó:

«dictar sentencia por la que, se ESTIME este recurso, CASE Y ANULE LA SENTENCIA RECURRIDA y, en su lugar, SE DICTE NUEVA SENTENCIA por la que se ESTIME EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto a nombre de la CNMC, con anulación de la disposición impugnada en la instancia».

CUARTO.- El Letrado de los Servicios Jurídicos del Principado de Asturias, en su nombre y representación que legalmente ostenta, compareció y se personó como parte recurrida.

QUINTO.- La Sala Tercera -Sección Primera- acordó, por providencia de fecha 21 de septiembre de 2016, admitir a trámite el presente recurso de casación y remitir las actuaciones a la Sección Tercera de conformidad con las Normas de reparto de los asuntos entre las Secciones.

SEXTO.- Dado traslado del escrito de formalización e interposición del recurso de casación, a la representación procesal del Principado de Asturias, parte recurrida, presentó en fecha 22 de noviembre de 2016 escrito de oposición al recurso, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, y después de entender que el recurso había perdido su objeto, toda vez que se impugnaba directamente el artículo 4.2 del Decreto 72/2014, de 23 de julio, por el que se regula la utilización de unidades móviles por los servicios de prevención de riesgos laborales, cuando la redacción de este artículo ha sido modificada mediante Decreto 34/2016, de 16 de junio, en cuya virtud, y en términos generales, se cambian las prohibiciones y límites geográficos, de actividad y de población, eliminándose en particular la prohibición contenida en el apartado d) del artículo 4.2, acaba suplicando a la Sala:

«dictar en su día sentencia por la que, desestimando el presente recurso de casación, confirme íntegramente la de instancia, con expresa imposición de costas a la parte recurrente».

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 26 de junio de 2018, fecha en la que tuvo lugar el acto.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia y el decreto impugnado.

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) recurre en casación la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 31 de marzo de 2016, dictada en el recurso núm. 50/2015, a instancia de dicha Comisión, sobre la impugnación del Decreto 72/2014, de 23 de julio, del Principado de Asturias, por el que se regula la utilización de unidades móviles por los servicios de prevención de riesgos laborales.

El precepto cuestionado es el artículo 4 del Decreto sobre "*Requisitos y ámbito de actuación de las unidades móviles*" y, en concreto, su número 2 que dispone:

«2. La utilización de unidades móviles tendrá las siguientes limitaciones en cuanto a su ámbito de actuación:

- a) La unidad móvil no podrá actuar en una empresa o centro de trabajo si hay menos de 75 o más de 125 Km desde el centro sanitario fijo del servicio de prevención más cercano a la empresa a la que va a prestar servicio.
- b) No se podrá utilizar unidad móvil en polígonos industriales, parques empresariales o lugares similares donde se concentren empresas.
- c) No se podrán utilizar las unidades móviles para realizar vigilancia de la salud en empresas o centros de trabajo donde se desarrollen actividades listadas en el anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención aprobado por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, o tengan una tarifa de riesgo superior a 1,5.
- d) La unidad móvil sólo se podrá utilizar para realizar servicio de vigilancia de la salud a un máximo de 10% de los trabajadores a los que el Servicio de Prevención Ajeno da cobertura en Asturias».

La sentencia de instancia, después de exponer con detalle los antecedentes de hecho de este asunto y la posición de las partes, hace, en primer lugar, una serie de consideraciones sobre la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), y considera que «La plena implementación de la LGUM está en función pues, en primer lugar, de su grado de identificación con la jurisprudencia del TJUE, ya que si esta circunstancia no se manifestara de forma inequívoca, procederá acudir, de manera exclusiva, al segundo parámetro para su evaluación que se concreta en el marco constitucional español y en la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional».

Luego, señala que la segunda cuestión que plantea la LGUM, se refiere a su encaje en el sistema constitucional español -que examina con cierto detalle- y, más precisamente, a su compatibilidad con el Estado de las Autonomías, pues, no se le oculta, que contra los principios centrales de dicha Ley se han interpuesto tres recursos de inconstitucionalidad que se encontraban en su momento admitidos a trámite y pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional.

Y, finalmente, en el fundamento de derecho tercero, recoge la razón de decidir que lleva a la desestimación del recurso de la CNMC:

«TERCERO.- Una vez expuestas las consideraciones anteriores debemos entrar en el análisis de las cuestiones que plantea el presente caso .

De entrada debemos constatar que la demanda no aporta ninguna Sentencia del TJUE que interprete los principios invocados de necesidad, eficacia nacional y no discriminación en los precisos términos que establece la LGUM. Por esta razón debemos descartar su examen desde la óptica del Derecho de la Unión y concluir que estamos en presencia, al menos en este caso, en una cuestión de puro derecho interno español.

La recurrente señala de forma reiterada que la competencia en materia de prevención de riesgos laborales es estatal, sin perjuicio de que la operatividad de los dispositivos correspondientes requiera además de una autorización sanitaria. Apoya este planteamiento en la dicción literal de la disposición adicional tercera. 1 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales que expresamente indica que dicha Ley, que en sus artículos 30 a 32 regula los servicios de prevención de riesgos laborales, constituye legislación laboral dictada al amparo del artículo 149.1.7 CE . Apoya también su argumentación en la STC 211/2012 FJ 6 que dice: "En concreto, refiriéndonos específicamente al ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo, en el que se enmarca la regulación controvertida, ya hemos tenido ocasión de declarar que en materia de legislación laboral, ala que indudablemente pertenece el subsector de seguridad e higiene y salud en el trabajo...la competencia normativa del Estado es completa... siendo susceptible de ejercerse a través de las potestades legislativa y reglamentaria (STC 360/1993 FJ 4)".

En este sentido señala que la Comunidad Autónoma únicamente tiene competencias en materia sanitaria, y ello siempre que respete la legislación básica, siendo esa es la razón por la que no se impugnó el artículo



4.1 del mencionado Decreto. En dicha norma la recurrente no encuentra exceso alguno en el ejercicio de sus competencias por parte del Principado de Asturias, pues la misma incide en aspectos exclusivamente sanitarios por lo que no puede regular la manera en que los servicios de dicha naturaleza se organizan.

En nuestra opinión, y al margen de la concreta controversia competencial que de hecho ha planteado el Estado, la recurrente incurre en una petición de principio ya que si realmente lo ocurrido es, como reiteradamente señala la demanda, que el Principado de Asturias ha adoptado una normativa para la que carece de habilitación suficiente y por ello que invade competencias del Estado, no nos cabe duda de que, ante dicha disputa, los mecanismos y principios de la LGUM no son aplicables al presente caso, como exponemos a continuación.

No por obvio resulta menos pertinente precisar que de este Tribunal no realiza ningún pronunciamiento sobre a quien corresponde la titularidad de la competencia para legislar sobre una concreta materia, ni tampoco en que categoría debe adscribirse la regulación contenida en el precepto impugnado, pues ello excede manifiestamente de nuestra competencia y, por otra parte, existen mecanismos jurisdiccionales y constitucionales, sobradamente conocidos por las partes litigantes, para resolver dicho conflicto.

En definitiva, la LGUM parte de la base de que existe una excesiva fragmentación del mercado nacional y reacciona, esencialmente, mediante el establecimiento de principios como el de la eficacia en todo el territorio nacional de los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes, locales o autonómicas. También mediante los principios de necesidad y proporcionalidad, que imponen límites a las autoridades competentes en el ejercicio de sus competencias al regular el acceso a una actividad económica o a su ejercicio de conformidad. Particularmente ilustrativo es el artículo 17 de la LGUM que restringe aún más las causas de limitación basadas en la necesidad de salvaguarda la unidad de mercado por alguna de las razones imperiosas de interés general ya tasadas en el artículo 5 por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre. Estos principios básicos se complementan con los restantes establecidos en los artículos 3 a 9 de la LGUM.

Una vez delimitados los principios básicos de actuación de la LGUM y sus objetivos, puede razonablemente concluirse que cuando es el Estado quien ejerce su propia competencia al regular una materia, y lo hace de forma plena, no puede invocarse frente al mismo la fragmentación del mercado, ni la necesidad de acudir a mecanismos de garantía de unidad de mercado pues no cabe duda de que una regulación uniforme y homogénea es una fórmula que evita con toda seguridad evita cualquier tipo de fragmentación o dispersión. Ahora bien, si el Estado estima que sus competencias han sido invadidas por una regulación autonómica que regula materias que le están vedadas, deberá impugnar dicha normativa, si así lo estima oportuno, por los medios establecidos al efecto que, también sin género de dudas, no se encuentran en la LGUM que parte, como hemos visto, de presupuestos distintos.

La lectura de la STC 20/2016 FJ 3 fine, no hace sino confirmar esta tesis al señalar que "junto a aquellos preceptos del título VIII de la Constitución que suponen un límite en sí a la diversidad regulatoria que puedan introducir los legisladores autonómicos en el ejercicio de sus competencias, este Tribunal ha reconocido que, cuando dichos medios se demuestran insuficientes para imponer la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, el Estado puede intervenir normativamente a fin de garantizar esa igualdad en virtud de los arts. 149.1.1 CE (STC 61/1997 , de 20 de marzo) y 149.1.13 CE (STC 225/1993 , de 8 de julio)".

De lo expuesto sólo cabe concluir que el recurso debe ser desestimado pues de la propia argumentación de la recurrente se desprende que la LGUM no resulta de aplicación al presente caso».

En definitiva, viene a entender que la LGUM no resulta de aplicación al presente caso y, por otra parte, considera que si el Estado estima que sus competencias han sido invadidas por una regulación autonómica sobre materias que le están vedadas, deberá impugnar dicha normativa, si así lo estima oportuno, por los medios establecidos al efecto que no se encuentran en la LGUM, que parte de presupuestos distintos.

SEGUNDO.- Los recursos contra la LGUM ante el Tribunal Constitucional pendientes de resolución.

Conviene advertir que los tres recursos de inconstitucionalidad que pendían ante el Tribunal Constitucional, a los que se refiere la sentencia de la Audiencia Nacional, ya han sido resueltos por SSTC núm. 79/2017, de 22 de junio de 2017 -recurso de inconstitucionalidad núm. 1397/2014 , interpuesto por el Parlamento de Cataluña-, núm. 110/2017, de 5 de octubre de 2017 -recurso de inconstitucionalidad núm. 1411/2014 , interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña- y núm. 111/2017, de 5 de octubre de 2017 - recurso de inconstitucionalidad núm. 1454/2014, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía-.

Y que, en lo esencial, han venido a declarar inconstitucionales y nulos los siguientes preceptos:



- Las letras b), c) y e) del apartado 2 del artículo 18, así como los artículos 19 y 20 y la disposición adicional décima de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , de garantía de la unidad de mercado;
- El apartado 2 del artículo 127 quáter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en la redacción dada por el punto tres de la disposición final primera de la Ley 20/2013 , únicamente en su aplicación a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas;
- El artículo 6 de la Ley 20/2013 y
- El apartado c) del artículo 21.2 de la Ley 20/2013 .

Y aquellas sentencias desestiman los recursos de inconstitucionalidad en lo demás.

TERCERO.- Los motivos de casación.

La Abogacía del Estado, en representación de la CNMC, invoca un único motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) LJCA , por infracción de los artículos 38 y 139 CE , en relación con los artículos 5 , 6 , 9 , 16 , 18 , 19 , 20 y 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , de garantía de la unidad de mercado; artículo 39 bis de la Ley 30/1992 ; artículos 3 , 5 , 9 , 10 y 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (de trasposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior); artículo 31.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales , y artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo , de economía sostenible.

Y argumenta, en síntesis, que al desestimar la Sala el recurso, ha confirmado decisiones que añaden requisitos contrarios al principio de eficacia nacional de las actuaciones, restrictivos de derechos y desproporcionados, introduciendo una barrera desproporcionada, no motivada y no basada en razones imperiosas de interés general, que quiebra la unidad de mercado con lesión de la libertad de circulación y establecimiento.

En definitiva, ya en el inicial requerimiento dirigido por la CNMC al Principado de Asturias, se sostenía que dichos requisitos se consideran innecesarios, desproporcionados y limitativos del ejercicio de la actividad de prevención de riesgos laborales a través de unidad móvil. Inmediatamente nos referiremos al resultado de aquel requerimiento.

Debe señalarse que la Abogacía del Estado abandona los restantes motivos anunciados en su escrito de preparación.

CUARTO.- El Decreto 34/2016, de 16 de junio, que modifica el Decreto cuestionado en el presente recurso.

El Decreto 34/2016, de 16 de junio, de primera modificación del Decreto 72/2014, de 23 de julio, por el que se regula la utilización de unidades móviles por los servicios de prevención de riesgos laborales (BOPA de 26 de junio de 2016) dice en su preámbulo:

«(...) El objeto de este decreto es dar cumplimiento al Acuerdo del Consejo de Gobierno de 4 de marzo de 2015 por el que se estimó parcialmente el requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo efectuado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el que solicitó la derogación del apartado 2 del artículo 4 del Decreto 72/2014, de 23 de julio , por considerar las limitaciones establecidas en el mismo contrarias a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM). El mencionado acuerdo dispuso las modificaciones del citado decreto que se llevan a cabo mediante la presente norma.

En primer lugar, partiendo del carácter complementario y de apoyo que predica el artículo 5 del Real Decreto 843/2011, de 17 de junio , sobre las unidades móviles y de la convicción de que los centros sanitarios fijos son la infraestructura sanitaria básica y el estándar de calidad para realizar la vigilancia de la salud que garantice una atención adecuada a los trabajadores, así como su seguridad, el respeto a su intimidad y dignidad, y la confidencialidad de datos, la presente modificación realiza una modulación de los requisitos recogidos en el apartado 2 del artículo 4 del decreto.

Se considera imprescindible la fijación de una distancia mínima entre el centro sanitario fijo y el centro de trabajo para poder realizar vigilancia de la salud de los trabajadores con una unidad móvil, ya que es la forma objetiva de garantizar el carácter complementario de las unidades móviles. Por este motivo, en el apartado a) del citado artículo 4.2 se mantiene una distancia mínima, en contra de lo requerido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, si bien se reduce a 50 kilómetros y se elimina la distancia máxima, en este caso, de conformidad con el citado requerimiento. También se recoge la posibilidad de excepción a esta limitación cuando concurren razones de aislamiento o dispersión geográfica de los centros empresariales o en atención a las características físicas o psíquicas de los trabajadores.



Por otro lado, se establece una regulación más flexible en cuanto a la utilización de unidades móviles en polígonos industriales, parques empresariales o lugares similares donde se concentren empresas, ya que la prohibición sólo se mantiene cuando en los espacios empresariales exista un centro sanitario fijo para ofertar la realización de vigilancia de la salud a todas las empresas allí ubicadas.

En cuanto a las limitaciones recogidas en el apartado c) del artículo 4.2 de la regulación actual, se elimina la prohibición de utilizar unidades móviles para realizar vigilancia de la salud en empresas o centros de trabajo donde se desarrollen actividades listadas en el Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, y se modifica la tarifa de riesgo mínima elevándola de 1,5 a 3. Es decir, se limita la utilización de las unidades móviles sólo en las empresas de mayor riesgo, como la industria química, coquerías y refino de petróleo. En coherencia con ello, se modifica el artículo 3 para incluir entre los datos que se deben comunicar la tarifa de riesgo de la empresa.

También se elimina la limitación establecida en el apartado d) del artículo 4.2 "la unidad móvil sólo se podrá utilizar para realizar servicio de vigilancia de la salud a un máximo del 10% de los trabajadores a los que el Servicio de Prevención Ajeno da cobertura en Asturias".

Para el establecimiento de los requisitos y las limitaciones contempladas en el presente decreto se considera que concurren razones imperiosas de interés general, ya que las mismas se fundamentan en razones de salud pública y protección de los derechos, la seguridad y salud de los trabajadores y se consideran proporcionadas al fin perseguido sin ser distorsionadoras para la actividad económica, de acuerdo con el artículo 5 de la citada Ley 20/2013, de 9 de diciembre ».

Por su parte, el cuestionado apartado 2 del artículo 4, en aplicación de las consideraciones que recoge el preámbulo transcrito, y como consecuencia del Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 4 de marzo de 2015 por el que se estimó parcialmente el requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo efectuado por la CNMC, por el que solicitó la derogación del apartado 2 del artículo 4 del Decreto 72/2014, de 23 de julio, por considerar las limitaciones establecidas en el mismo contrarias a la LGUM, queda redactado del siguiente modo:

«2. La utilización de unidades móviles tendrá las siguientes limitaciones en cuanto a su ámbito de actuación:

a) La unidad móvil no podrá actuar en una empresa o centro de trabajo si hay menos de 50 Km., medidos en trayecto más corto por carretera, desde el centro sanitario fijo del servicio de prevención más cercano a la empresa a la que va a prestar servicio. No obstante, la autoridad sanitaria podrá autorizar su utilización en distancias menores si concurren razones de aislamiento o dispersión geográfica de los centros empresariales que impidan llegar al centro sanitario fijo en menos de 45 minutos mediante transporte ordinario por carretera, o cuando las características físicas o psíquicas de los trabajadores aconsejen que sea el servicio de prevención el que se desplace hasta el centro de trabajo.

b) No se podrá utilizar unidad móvil en polígonos industriales, parques empresariales o lugares similares donde se concentren empresas, cuando las áreas empresariales cuenten con un centro sanitario fijo para ofertar a las empresas allí ubicadas. La autoridad sanitaria del Principado de Asturias impulsará la colaboración de los gestores de las áreas empresariales con los servicios de prevención para que dichas áreas empresariales puedan contar con centros sanitarios fijos debidamente autorizados por la administración sanitaria, con el objetivo de garantizar la vigilancia y atención adecuadas de los trabajadores, así como su seguridad, el respeto a su intimidad y dignidad, y la confidencialidad de sus datos.

c) Con carácter general, no se podrán utilizar las unidades móviles para realizar vigilancia de la salud en empresas o centros de trabajo que tengan una tarifa de riesgo igual o superior a 3, de acuerdo con el cuadro I del apartado uno de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, en redacción dada por la disposición final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en los términos previstos en el apartado 1.b) del Anexo I de la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en lo referido a la acreditación de entidades especializadas como servicios de prevención, memoria de actividades preventivas y autorización para realizar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas. No obstante, el servicio de prevención podrá utilizarla para aquellos trabajadores que desempeñen ocupaciones cuya tarifa de cotización sea inferior a 3, de acuerdo a lo previsto en el apartado dos, regla tercera, de la citada disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, en los términos indicados».

Así, en resumen, se mantiene una distancia mínima, en contra de lo requerido por la CNMC, si bien se reduce a 50 km -antes 75 km- y se elimina la distancia máxima de conformidad con el citado requerimiento. También se recoge la posibilidad de excepción a esta limitación cuando concurren razones de aislamiento o



dispersión geográfica de los centros empresariales o en atención a las características físicas o psíquicas de los trabajadores. Por otro lado, se establece una regulación más flexible en cuanto a la utilización de unidades móviles en polígonos industriales, parques empresariales o lugares similares donde se concentren empresas. Se elimina la prohibición de utilizar unidades móviles para realizar vigilancia de la salud en empresas o centros de trabajo donde se desarrollen actividades listadas, esto es, se limita la utilización de las unidades móviles sólo en las empresas de mayor riesgo. Y se elimina la limitación establecida en el apartado d) del antiguo artículo 4.2, sobre el máximo de trabajadores a los que dar cobertura.

Es evidente la modulación o flexibilización de las limitaciones advertidas por la CNMC de lo que, además, da prueba que, salvo error, el nuevo Decreto 34/2016 no ha sido impugnado o, al menos, nada dice en este sentido la Abogacía del Estado que se limitó, en la instancia, a manifestar que no constataba aun aprobada dicha modificación, que no era entonces sino una mera propuesta, por lo que no podía ser objeto de aquel recurso para su posible ampliación; y, en esta sede casacional, señala que la restricción impugnada sigue plenamente vigente no obstante los términos actuales del artículo 4 del Decreto 72/2014 en redacción dada por el Decreto 34/2016; y entiende que la reforma no priva de objeto a este recurso de casación, aunque sin efectuar alegaciones al respecto, más allá de apelar a la pertinencia de que esta Sala se pronuncie sobre el mismo en orden a fijar jurisprudencia sobre la aplicación de la LGUM.

QUINTO.- Sobre la pérdida sobrevenida de objeto del recurso.

Es cierto que ha existido una cierta divergencia de criterio jurisprudencial sobre la posible pérdida de objeto de un recurso, que se expone con precisión en la sentencia de 12 de diciembre de 2008 -recurso de casación núm. 318/2006 -, al hilo de la derogación sobrevenida de una ordenanza municipal, que, sin embargo, acaba concluyendo:

«CUARTO.- (...)

Pero pese a ello, pese a esa divergencia de criterios, hay dos razones que nos inclinan a sostener que el recurso que nos ocupa sí ha perdido su objeto. Una es de carácter general; y otra, que en sí misma no deja de tener trascendencia, es singular del caso de autos:

A) Por lo que hace a la primera, de carácter general, cuando no se alega aquella ultraactividad de la disposición general derogada, ni tampoco que pendan procesos judiciales que hayan de enjuiciar anteriores actos de aplicación de la misma, y sí sólo que los preceptos tal vez ilegales de ella han sido reproducidos en la posterior disposición general derogatoria, entonces el pronunciamiento jurisdiccional referido a la impugnación directa de aquélla deja de ser tal; deja de participar de la naturaleza jurídica propia de los pronunciamientos encomendados a los órganos jurisdiccionales. Ese pronunciamiento, en tal caso, sería respecto de lo que puede enjuiciar, esto es, respecto de la disposición general impugnada y derogada, una especie de respuesta histórica que no cumpliría la función de obligar a la expulsión del ordenamiento jurídico de lo que ya ha sido expulsado de éste. Y sería para aquello que no puede enjuiciar, esto es, para la disposición general derogatoria y no impugnada, una especie de dictamen carente de la fuerza obligatoria y de la eficacia a que se refiere el artículo 118 de la Constitución ; pues si fuera contrario a la legalidad de la disposición derogada, podría dejar de ser atendido por el titular de la potestad reglamentaria que reiteró su parecer en la disposición derogatoria; y si no lo fuera, no impediría accionar de nuevo contra esta última.

B) Y ya por lo que hace a la segunda, de carácter singular y no carente de trascendencia en un caso como el de autos, ha de observarse que las normas jurídicas de superior rango con las que la Sala de instancia hubo de contrastar la Ordenanza impugnada -de 1998- en su labor de decidir si ésta conculcaba o no aquéllas, fueron a su vez modificadas con posterioridad a ese año 1998. En efecto, el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, ha sido objeto de diversas modificaciones, entre ellas la operada por la Ley 19/2001, de 19 diciembre. Y el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo de ese Texto Articulado, aprobado por Real Decreto 13/1992, de 17 de enero, ha sido derogado por la Disposición derogatoria única del Real Decreto 1428/2003, de 21 noviembre, que aprueba el nuevo Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del repetido Texto Articulado. Siendo ello así, la inutilidad de un pronunciamiento jurisdiccional sobre la Ordenanza derogada de 1998 se acrecienta en la medida en que los parámetros de contraste para la Ordenanza de 2005 no tienen necesariamente que arrojar las mismas conclusiones que los que habían de utilizarse para aquélla».

Reseñado lo anterior, la doctrina de la Sala sobre la pérdida de objeto como forma de finalizar un procedimiento, puede resumirse en los siguientes términos, tal y como se recoge en sentencias de 22 de junio y 6 de julio de 2016 - recursos núms. 400/2014 y 402/2014 -:



«1º) La regla general -no única ni necesaria- es que si la norma impugnada ha sido derogada por otra posterior o declarada nula por sentencia o, en definitiva, ha sido eliminada por cualquier otro medio, queda sin contenido la pretensión anulatoria, luego hay pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento al carecer de utilidad la controversia por desaparición real de la misma: la norma cuya nulidad se pretende ya ha sido expulsada del ordenamiento jurídico (cf. por todas, la sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 15 de abril de 2009, recurso 1470/2005).

2º) La citada regla también juega en caso de recursos indirectos contra disposiciones generales cuando lo directamente impugnado son actos de aplicación de la norma derogada o declara nula. En estos casos se ha considerado que desaparece su objeto cuando esa circunstancia posterior priva de eficacia al recurso, hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia (cf. entre otras, la sentencia de esta Sala, Sección Tercera, de 21 febrero 2013, recurso 254/2010).

3º) La jurisprudencia no hace sino aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con los recursos de inconstitucionalidad en los que la ley impugnada ha sido derogada por otra posterior (cf. sentencias del Tribunal Constitucional 111/1983, 199/1987 y 385/1993, entre otras). Ambos casos tienen en común que se está ante recursos abstractos, objetivos, dirigidos a la depuración del ordenamiento jurídico.

4º) Este efecto tiene el respaldo en el artículo 72.2 de la LJCA, precepto que corrobora la innecesariedad de un pronunciamiento judicial que elimine del ordenamiento jurídico, con eficacia general ex nunc, una disposición que, por haber sido ya derogada, ha resultado excluida del propio ordenamiento jurídico antes del hipotético fallo judicial anulatorio (cf. sentencia de esta Sala, Sección Segunda, de 18 de mayo de 2006, recurso 45/2004).

5º) Una excepción a la regla general expuesta son los casos en que la disposición impugnada, pese a su derogación, contiene previsiones que hace que mantenga cierta ultraactividad, que despliegue efectos que se extiendan hasta el momento de la sentencia, esto es, que la norma derogada sea aplicable a hechos posteriores a su pérdida de vigencia. En estos casos una hipotética declaración de nulidad de la disposición impugnada mantiene su finalidad, por lo que el procedimiento no habría perdido su utilidad (cf. sentencia de esta Sala, Sección Tercera, de 21 de abril de 2016, recurso 2574/2012).

6º) Si tal pérdida de objeto es clara cuando la norma posterior derogatoria se aparte de la derogada, si la reproduce -caso de autos- se está ante un supuesto en el que quien alega que el recurso mantiene su objeto y que hay utilidad en que el tribunal se pronuncie respecto de la norma derogada, en este caso, decimos, es carga de quien esto postula razonar en qué medida permanece el interés en declarar la nulidad de preceptos que ya no forman parte del ordenamiento jurídico; en qué medida esa regulación ya derogada se está aplicando».

A esto cabe añadir las siguientes consideraciones, específicamente respecto a los recursos de casación, a los que resulta trasladable la doctrina sobre la pérdida de objeto de los recursos directos, tal y como examina la citada sentencia de 12 de diciembre de 2008 -recurso de casación núm. 318/2006-, con apoyo en jurisprudencia anterior:

«Estas consideraciones aplicables a los recursos contencioso-administrativos en los que se impugnen de modo directo disposiciones generales son igualmente extensibles a los recursos de casación contra las sentencias en aquellos recaídas, si la desaparición del objeto del proceso -mediante la derogación del reglamento objeto del debate procesal- se produce una vez dictadas dichas sentencias de instancia.

Aun cuando la razón de ser del recurso de casación es controlar la aplicación de la ley que haya hecho el órgano jurisdiccional de instancia y pudiera sostenerse que, para este juicio, los elementos temporales no tienen la misma relevancia que en los recursos directos, no cabe olvidar que una eventual estimación de los motivos de casación coloca al Tribunal Supremo en la posición de "resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate" (artículos 95.1.d de la nueva Ley Jurisdiccional y 102.1.3 de la precedente).

Si, a tenor de lo expuesto, el debate sobre la legalidad o la ilegalidad de la disposición general impugnada carece ya de objeto, por haber sido derogada ésta, el obligado pronunciamiento final de la sentencia que haya de dictarse en casación -en la hipótesis de estimación de los motivos del recurso- deviene igualmente carente de objeto y de eficacia. El recurso de casación quedaría, de este modo, desnaturalizado o transmutado en una especie de consulta "histórica" sobre la validez objetiva de normas ya inexistentes jurídicamente».

Pues bien, a la luz de la doctrina que se acaba de reseñar debemos resolver la alegada pérdida sobrevenida de objeto del recurso.

El artículo 4.2 del Real Decreto 72/2014 cuestionado ha venido a ser derogado por el Decreto 34/2016 y sustituido por un nuevo artículo 4.2 que modula sustancialmente las limitaciones cuestionadas por la CNMC y que no habría sido, a su vez, impugnado.



Además, en el presente caso, con la modificación del artículo 4.2 no se mantiene la aplicación del precepto derogado a hechos acaecidos con posterioridad a su pérdida de vigencia, pues la norma derogatoria altera los parámetros geográficos, poblacionales y de actividad fijados en el artículo derogado.

Finalmente, también resulta relevante, en línea ciertamente con el razonamiento del apartado B) de la sentencia de 12 de diciembre de 2008, antes recogida, que, como ya se dijo, buena parte de los preceptos de la Ley 20/2013 cuya vulneración achacan la Abogacía del Estado y la CNMC a la sentencia recurrida han sido declarados inconstitucionales y nulos.

En consecuencia, la derogación de la anterior regulación del artículo 4.2 del Decreto 72/2014 determina la pérdida de vigencia del precepto en la redacción dada por aquel Decreto y con ello la inexistencia de objeto de este recurso.

Resulta procedente, por tanto, acoger la inicial petición de la parte recurrida y decretar el archivo del presente recurso de casación por pérdida sobrevenida de objeto -ex artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en este orden jurisdiccional-.

SEXTO.- Sobre las costas.

En cuanto a las costas, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 139.2 de la Ley procesal, la Sala considera justificado no imponerlas en atención a que se ha producido la mencionada pérdida sobrevenida de objeto del recurso de casación, circunstancia que hace innecesario el examen del único motivo planteado en el mismo.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

Que declaramos terminado el recurso de casación interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 31 de marzo de 2016, dictada en el recurso núm. 50/2015, por pérdida sobrevenida de objeto, procediendo el archivo del recurso de casación. No se hace imposición de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.