

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Naturaleza de los “controles sobre el terreno” en la ejecución de la política agraria común. A propósito de la STSJA de 14 de febrero de 2013

Darío Canterla Muñoz

Letrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. EJECUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA PAC POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO COMO MARCO DE LA SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, SEDE SEVILLA, DE 14 DE FEBRERO DE 2013. II. RESUMEN DE LA SENTENCIA. III. NUESTRA TESIS: EL CONTROL SOBRE EL TERRENO ES UNA ACTIVIDAD DE APOYO Y COLABORACIÓN PARA EL EJERCICIO DE UNA POTESTAD, ES VÁLIDO AÚN REALIZADO POR PERSONAL LABORAL. IV. LOS CONTROLES DE CAMPO COMO UNA ACTIVIDAD DE AUXILIO O COLABORACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE INSPECCIÓN. 1. Las potestades públicas y las actividades de auxilio, apoyo o colaboración. Su admisión por la doctrina, la jurisprudencia y la normativa. 2. La importancia de la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en la interpretación del concepto de potestad y acto de auxilio o colaboración. 3. Con carácter previo al estudio de la Jurisprudencia, descripción material de control sobre el terreno. 4. Estudio de los principales pronunciamientos del TSJUE sobre el concepto de potestad pública y actos de colaboración y apoyo: A. Asunto 438.08 Comisión contra la República Portuguesa a propósito de la actividad de las Inspecciones Técnicas de Vehículos. B. Asunto 405/05 de la Comisión contra la República Federal de Alemania Sentencia de 29 de noviembre de 2007 a propósito de si la actividad que llevan a cabo los organismos privados de control de la producción agrícola ecológica supone una participación en el poder público. C. Otros pronunciamientos de TSJUE. 5. Aplicación

de estos criterios a los controles sobre el terreno. 6. El estudio de la normativa reguladora de los controles confirma su naturaleza como actos de apoyo y colaboración para el ejercicio de una potestad. 7. Elementos de la normativa que confirma la naturaleza de los controles sobre el terreno: A. La distinción entre acta de control e informe de control. B. Otros elementos: la teledetección, el elevado número de controles, el escaso espacio de tiempo para la realización y su semejanza con lo controles de los organismos de control de la producción ecológica. 8. Conclusión a la vista de la normativa. 9. Aplicación de esta doctrina a la potestad subvencionadora. V. VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE CONTROL.

RESUMEN:

La ejecución de la Política Agraria Común (PAC) por las Comunidades Autónomas obliga a estas a realizar labores de control sobre las explotaciones subvencionadas. La anulación de las labores de control conlleva importantes deducciones financieras en la aportación de la Unión Europea para la financiación de esas ayudas. En este contexto se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 14 de febrero de 2013 que declara la nulidad del control sobre el terreno realizado por personal laboral de una empresa pública, por entender que ello supone el ejercicio de una potestad administrativa de control de subvenciones. Este artículo defiende la naturaleza del control de campo como actuación de apoyo o colaboración previa al ejercicio de potestades públicas realizable por laborales, y reconoce una fuerte solvencia probatoria a dichos controles.

ABSTRACT:

The execution of the Política Agraria Común (Common Agricultural Policy) by the Comunidades Autónomas (Autonomous Communities), forces them to carry out tasks of control over the subsidized cultivations. The cancellation of the control tasks entails important financial deductions in the contribution of the European Union for the funding of such economic helps. This is the context in which the Sentence of the Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (the Supreme Court of Justice of Andalusia), in Seville, on the 14th of February 2013, is situated. In it, the control of the land exercised by employees on a group contract basis of a public company is declared null and void, because it is understood that such exercise would entail having an administrative power over the control of the subsidies. This article defends the nature of the field control, seen as a support action, or a collaboration previous to the exercise of public powers attainable by employees, and it recognizes a strong proving role to such controls.

I. INTRODUCCIÓN. EJECUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LA PAC POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO COMO MARCO DE ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, SEDE SEVILLA, DE 14 DE FEBRERO DE 2013

La Unión Europea tiene como uno de sus pilares fundamentales la economía de libre mercado, con su correlato de libertad de circulación de mercancías y capitales y restricción de la intervención pública en la economía en cuanto pueda suponer limitación de las citadas libertades¹. No vamos entrar en reflexiones sobre como este principio quiebra, según convenga, en ciertos ámbitos y a favor de los países que ostentan mayor peso en la arquitectura comunitaria, que es un comentario que apetece hacer en las actuales circunstancias económicas, vamos a centrarnos, sin embargo, en uno de esos campos que la UE, desde sus orígenes, ha dotado de una regulación que poco tiene que ver con estos principios. Y este es el campo de la actividad agropecuaria. En efecto dicha actividad, a diferencia de la norma general, no sólo es una actividad protegida respecto de la competencia exterior a la UE, por las limitaciones cualitativas o cuantitativas que se imponen para la importación de productos agrícolas, sino que es una actividad fuertemente intervenida desde el ámbito de lo público². Y ello porque, a grandes rasgos, contiene de manera directa o indirecta una cierta planificación de la producción, y porque se establece un sistema de incentivos en función de cada una de las actividades agropecuarias. De estos dos instrumentos de intervención pública nos interesa en estos momentos el segundo: la actividad de fomento. La UE articula un sistema de ayudas a los sujetos que realizan estas actividades, pero como condición para la obtención de estas ayudas establece la necesidad de cumplir una serie de requisitos con los que asegurar que la actividad agropecuaria que se subvenciona contribuye a la consecución de unos fines (medioambientales, mantenimiento de renta

¹ En este sentido se puede consultar las Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012/c 326/01), publicado en el DOUE n° 55 de 26 de octubre de 2012. En concreto la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento en su Parte Tercera, Título Primero “Mercado Interior”, Título II Libre Circulación de Mercancías, Título IV Libre Circulación de Personas, Servicios y Capitales, y Título VII Normas Comunes sobre Competencia, Fiscalidad y Aproximación de legislaciones.

² Dichas intervenciones pueden ser muy variadas, el artículo 40. 2 de TFUE señala: “*La organización común establecida bajo una de las formas indicadas en el apartado 1 podrá comprender todas las medidas necesarias para alcanzar los objetivos definidos en el artículo 39, en particular, la regulación de precios, subvenciones a la producción y a la comercialización de los diversos productos, sistemas de almacenamiento y de compensación de remanentes, mecanismos comunes de estabilización de las importaciones o exportaciones*”.

agraria, etc). Esto es en un trazo grueso la PAC³. La gestión de la PAC se realiza por cada uno de los Estados de acuerdo con su distribución competencial, lo que supone en España, la intervención de las Comunidades Autónomas⁴. Una de las principales labores que conlleva la gestión del sistema es controlar que los solicitantes de las mismas cumplen con los requisitos de admisibilidad y de condicionalidad⁵ de la PAC. Esto se realiza a través de los denominados Organismos Nacionales de Control Autorizado, en Andalucía FAGA⁶. Sin embargo ello no quiere decir que la UE otorgue una subvención global al Estado y se desentienda. Por el contrario la Comisión Europea controla la ejecución de la PAC por los órganos nacionales y autonómicos y si los pagos a los agricultores no se realizan en plazo reglamentario (como sucede cuando se le paga tras una reclamación judicial) o si no se han realizado las labores de control en los porcentajes establecidos (como puede suceder si en un buen número se consideran nulos por haberlos hecho con personal laboral) impone correcciones financieras que suponen una minoración del dinero que la UE aporta, sien-

³ Para un mayor conocimiento de la PAC nos remitimos a los artículos 38 y ss. del TFUE y a la información que ofrece la UE a través de http://europa.eu/pol/agr/index_es

⁴ En este sentido el artículo 5 del Real Decreto 486/2009 señala: “*Artículo 5. Coordinación y control de la condicionalidad. 1. El Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), adscrito al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, será la autoridad nacional encargada del sistema de coordinación de los controles de la condicionalidad, en el sentido del artículo 20.3 del Reglamento (CE) n.º 73/2009. 2. Los órganos competentes de las comunidades autónomas, como autoridades responsables en su ámbito territorial de las actividades de control, designarán los correspondientes órganos u organismos especializados de control para asegurar la observancia de los requisitos de condicionalidad a los que se refiere el artículo 3 de este real decreto. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.2 del Reglamento (CE) n.º 796/2004, el organismo pagador podrá ser designado para realizar también los controles de todos o algunos de los ámbitos de aplicación de la condicionalidad siempre que la comunidad autónoma respectiva garantice que la eficacia de los controles sea igual, al menos, a la conseguida cuando éstos los realiza un órgano u organismo especializado de control. 3. Las autoridades competentes para el cálculo de las reducciones y exclusiones, a que se refiere el artículo 8, serán los organismos pagadores de las comunidades autónomas*”. Para un completo conocimiento del sistema de ejecución por las administraciones nacionales de la PAC, recomendamos el capítulo II, de la obra *El Reintegro de Subvenciones de la Unión Europea. Especial Referencia a las ayudas de la Política Agraria Común*, editado por el IAAP, de BUENO ARMIJO.

⁵ El sistema de ayudas en la actualidad se organiza fundamentalmente a través del sistema de pago único. El agricultor solicita su inclusión en el mismo, a partir de ahí se le asignan una serie de derechos de pago único en función de diversas circunstancias. Para acceder al sistema hay que cumplir con una serie de requisitos (admisibilidad) y posteriormente para hacer eficaz el ingreso en el sistema y cobrar la totalidad de la cantidad correspondiente a los derechos asignados es preciso cumplir una serie de condiciones o requisitos (condicionalidad).

⁶ La Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 22 de junio de 2009 señala: “*Artículo 8. Sistema de control.1. La Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera como autoridad competente de control, cuando existan métodos adecuados para ello podrá efectuar controles administrativos para la verificación de alguno de los requisitos, actos, normas o ámbitos, en particular aquellos que ya se establezcan en base a la normativa sectorial de aplicación del requisito, norma, acto o ámbito de la Condicionalidad en cuestión, tal y como establece el artículo 43 del Reglamento (CE) núm. 796/2004.*”

do los pagos a costa de los fondos del organismo autonómico. Es decir el agricultor percibe el dinero pero no se lo da Europa sino la CA, en este caso Andalucía⁷.

En este contexto debe colocarse la STSJA de 14 de febrero de 2013 que vamos a analizar, en la que la Sala entiende que la resolución administrativa que deniega la cuantía solicitada como ayuda en una de las modalidades de la PAC, es nula de pleno derecho, y ello sobre la base de que el “control sobre el terreno”, realizado por personal laboral de una Agencia o Empresa Pública, es nulo al no haberse realizado por funcionario público. Esta doctrina de consoli-

⁷ La regulación fundamental de esta cuestión se encuentra en el Reglamento CE 1290/2005 del Consejo de 21 de junio de 2005, que ha sufrido diversas modificaciones, existe una versión consolidada sólo a efectos de consulta publicado en el DOUE de 16 de enero de 2009. Brevemente se puede describir el control de la manera siguiente: El Organismo Pagador de Fondos Europeos Agrícolas en Andalucía (la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente) gestiona dos Fondos diferentes, FEAGA y FEADER. Con cargo a estos fondos se pagan los diferentes tipos de ayudas que son objeto de controles sobre el terreno para verificar que se han cumplido los requisitos de admisibilidad y de condicionalidad. El organismo pagador realiza diversos tipos de liquidaciones de los fondos europeos ante la Comisión Europea (Liquidaciones Contables, Liquidaciones de Conformidad y Liquidación del Cuentas de Ejercicio FEOGA) en base a esos datos la Comisión realiza las correcciones financieras derivadas de: Pagos efectuados fuera del plazo reglamentario, Deudas pendientes de recuperación por error administrativo del Organismo Pagador, Deudas pendientes de recuperación por irregularidad del beneficiario que se encuentren en vía administrativa. Deudas pendientes de recuperación por irregularidad del beneficiario que se encuentren en vía judicial. A nosotros en este momento nos interesa el caso de los pagos fuera de plazo. La Comisión considera que las fechas de pago a los beneficiarios de las ayuda comunitarias deben ser respetados obligatoriamente por los Estados Miembros, ya que el no respeto de las fechas afecta al buen funcionamiento de las organizaciones de mercado en la medida en que comporta un tratamiento diferenciado a los operadores y distorsiona las condiciones de concurrencia. Por ello la Comisión no financia los gastos efectuados fuera de las fechas reglamentarias. El pago tardío como consecuencia de una sentencia que anule la resolución denegatoria, da lugar a la correspondiente corrección financiera, no siendo la sentencia causa suficiente para justificarlos y eludir su penalización. Dicha penalización se encuentra graduada en función de en qué medida se ha rebasado el plazo de pago y del volumen de pagos correspondiente al régimen de ayuda afectado. Por ello, todos los expedientes que, a causa de una sentencia, derivaran en la obligación de hacer un pago complementario al beneficiario serían considerados como pagos fuera de plazo, y por tanto su importe debería ser soportado por el presupuesto de la Comunidad Autónoma. Por otro lado los controles sobre el terreno se consideran elemento fundamental dentro del sistema de gestión y control de las ayudas comunitarias, por lo que los reglamentos fijan porcentajes mínimos de control, que de no ser alcanzados generarían correcciones a tanto alzado por el 5%, 10%, 25% o incluso el 100% de los gastos declarados de la medida en cuestión hasta un periodo máximo de 24 meses anteriores a la comunicación de las comprobaciones de la Comisión. En este sentido, si los controles sobre el terreno de las ayudas financiadas por los fondos europeos FEAGA y FEADER fueran anulados por exigirse que se hagan a través de personal funcionario haría que no se tuvieran por cumplidos los porcentajes mínimos en las campañas pasadas, y para las futuras haría prácticamente imposible a corto y medio plazo el alcanzar estos porcentajes solamente con personal funcionario lo que conllevaría correcciones financieras de gran importancia.

darse sería enormemente importante en la gestión de la PAC por las autoridades españolas. Y ello porque si a lo dicho sobre las repercusiones financieras que sobre las administraciones autonómicas españolas tiene la anulación de los controles le unimos que dicho modo de practicar los controles se encuentra generalizado⁸ resulta evidente que una doctrina como la sentada en esta sentencia, de consolidarse, supone un hecho de vital importancia en la gestión de la PAC.

II. RESUMEN DE LA SENTENCIA

El caso que se dilucida en la sentencia se refiere a una solicitud de ayuda “Superficies, pago único, ayudas a la ganadería”. Al solicitante se le reconoció una subvención por cero euros como consecuencia de que el cuaderno de la explotación no estaba validado y de que la solicitante había incumplido con el compromiso asumido. El compromiso consistía en mantener en la explotación las ovejas y cabras para las que solicita la prima hasta cien días después de la fecha límite de presentación de la solicitud. La Administración comprobó a través del control de campo realizado que los animales estaban fuera la superficie declarada para el mantenimiento de los mismos durante el periodo de retención. El recurrente se opone señalando que no era necesaria la validación del cuaderno, y alegaba supuestas deficiencias de procedimiento entre ellas que no se indicaba por la Administración el concreto incumplimiento en que se había incurrido. No obstante en fase de conclusiones añadió una cuestión nueva, y es que el controlador que realiza el control de campo no tiene la condición de funcionario. Es esta alegación la que nos interesa y la que va a ser objeto de análisis, pero no en su vertiente procesal, sobre si debió inadmitirse dicha cuestión como cuestión nueva por suponer una desviación procesal, sino en el aspecto sustantivo de si dicha alegación está fundamentada. A juicio de la Sala si que lo está, así lo expresa en el fundamento de derecho cuarto que dice así: *“CUARTO.- A pesar de lo expuesto, la actora adjunta con su demanda el cuaderno de explotación, debidamente validado, sobre lo que la Administración demandada nada alega en su escrito de contestación a demanda. Y, por otra parte, consta y así se admite a tenor de las consideraciones que se contienen en el informe propuesta obrante en el expediente administrativo (folio 49), que el acta de control correspondientes a la campaña 2009 no fue realizada por funcionario público, no reunien-*

⁸ En este sentido se puede señalar a título de ejemplo se puede visitar la página oficial de TRAGSATEC donde se publicita la realización de estos controles para las diversas Administraciones, tanto en su versión clásica como a través de la teledetección.

do tal consideración la única persona que, bajo la condición de controlador, firmó la mencionada acta de inspección e indicó de este modo su presencia física durante el desarrollo de tal actuación.

Bajo la premisa descrita, ya se ha pronunciado en ocasiones esta misma Sección (así, sentencia de 10 de mayo de 2011, recurso número 166/2010, entre otras) acerca de que la acción de fomento mediante el otorgamiento de una subvención por parte de una Administración Pública implica el ejercicio de potestades públicas, y e igualmente supone el ejercicio de potestades públicas la comprobación del cumplimiento de las condiciones y finalidades para las que se otorgó la subvención y, el reintegro de la mismas se ha de regir por el procedimiento general de la Ley 30/92, de conformidad con el art. 42 de la Ley 38/03 General de Subvenciones.

Al estar ejerciéndose en el caso de autos una potestad pública, en cuanto a la comprobación e inspección de los requisitos de la subvención solicitada, dicho ejercicio ha de efectuarse por funcionario público, por no estar exceptuada dicha función en el 15. Le) de la Ley 30/84 de las propias de los funcionarios públicos. En la actualidad, el art. 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, establece una reserva de funciones a los funcionarios públicos en el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.

El ejercicio de la actividad de inspección y control respecto del cumplimiento de condiciones de subvenciones comunitarias, como hemos indicado, supone el ejercicio de potestades administrativas, que se encuentran reservadas a funcionarios públicos, no pudiéndose encomendar a personas que carezcan de dicha condición.

En el caso de autos y al igual que en aquel supuesto, también ahora se pone de manifiesto que el control se ha efectuado por personal que no reúne la condición de funcionario público, por lo que, de la misma forma que se dijo entonces, es preciso concluir que igualmente ahora los controles carecen de toda eficacia, por lo que el recurso ha de ser estimado.”

Por tanto el razonamiento de la Sala se puede resumir en que la comprobación (por medio del control sobre el terreno) del cumplimiento de la condición para otorgar la subvención es una actuación que supone ejercicio de una potestad pública y que al haberla hecho un laboral es nula, de lo que, a su vez, deduce la nulidad de la resolución administrativa que denegó la cuantía solicitada.

III. NUESTRA TESIS: EL CONTROL SOBRE EL TERRENO ES UNA ACTIVIDAD DE APOYO Y COLABORACIÓN PARA EL EJERCICIO DE UNA POTESTAD, ES VÁLIDO AÚN REALIZADO POR PERSONAL LABORAL Y TIENE UNA ALTA CALIDAD PROBATORIA

Entendemos que en nuestro ordenamiento jurídico la doctrina de que el ejercicio de potestades públicas está reservada a funcionarios públicos es una doctrina mayoritaria⁹ y no es nuestra intención discutir tal afirmación, pero igualmente entendemos, y esta es la tesis que vamos a desarrollar a continuación, que no es aplicable al supuesto de los controles de campo para verificar si se cumplen los requisitos de condicionalidad en el ámbito de la PAC, como era el caso de autos, ni tampoco para a los destinados a verificar las condiciones de admisibilidad. Y ello porque, como pasaremos a intentar demostrar, los controles de campo no son sino labores de apoyo y colaboración previos al ejercicio de la potestad de control de la subvención. El Tribunal no analiza el contenido del control de campo ni entra en la cuestión de si este control es una actividad meramente técnica y auxiliar, a pesar de lo cual lo considera nulo. La cuestión es de una enorme trascendencia práctica puesto que son miles los controles de campo que se realizan en Andalucía¹⁰, y en España en general, a través de empresas o agencias públicas cuya validez se pone en entredicho, con la consecuencia de las posibles detracciones a llevar a cabo por parte de la UE. Y desde el punto de vista teórico es una cuestión que entronca con cual debe ser el diseño de la Administración del siglo XXI, a la que se exige pasar de una posición de prestadora de servicios a una de control, en un contexto de consolidación financiera y por tanto de congelación cuando no de reducción de los medios personales.

⁹ Más aún con la rotundidad con la que se expresa el artículo 9.2 del EBEP, al señalar “*En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.*” Aunque el reconocimiento de que en el seno de la Administración las potestades se reservan a funcionarios hay autores como CANALS Y AMETLLER o CARRILLO DONAIRE que ponen de relieve como personas jurídicas privadas a través de personal laboral ejercen funciones que se pueden considerar incluidas dentro del ámbito de las potestades públicas en el ámbito de actuación de los Organismos de Control Autorizado, como veremos más adelante.

¹⁰ En Andalucía en el año 2010 se calculan se estiman aproximadamente en torno a 50.000 controles.

IV. LOS CONTROLES DE CAMPO COMO UNA ACTIVIDAD DE AUXILIO O COLABORACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE INSPECCIÓN

1. Las potestades públicas y las actividades de auxilio, apoyo o colaboración. Su admisión por la doctrina, la jurisprudencia y la normativa.

Dado que sostenemos que los controles de campo no suponen ejercicio de una potestad, y que por tanto no están reservadas a funcionarios públicos ex artículo 9.2 del EBEP¹¹, comencemos señalando un concepto de potestad administrativa que sería, siguiendo las definiciones clásicas, un ámbito de actuación reconocido por la Ley a la Administración en virtud del cual evacua declaraciones de voluntad, juicio o conocimiento que han de ser respetadas por los administrados y en caso de no serlo habilitan para ser impuestas. En definitiva se hace referencia a los actos de autoridad, donde se pone de manifiesto la distinta posición que ocupan administrado y Administración, y los poderes exorbitantes de los que esta está dotada.

¹¹ Sobre esta cuestión transcribimos el informe de la Comisión de Expertos que elaboró el EBEP, disponible en la página del Ministerio de Administraciones Públicas: 19. Qué funciones deben corresponder a los funcionarios públicos, según el Estatuto Básico Puesto que, como se dicho, el concepto de empleado público engloba tanto a los funcionarios como a los empleados con contrato laboral y deben diferenciarse con claridad los puestos de trabajo que corresponden a unos y otros, es preciso responder a esta cuestión esencial. En cualquier caso, la solución que se dé a la misma debería perder el carácter en exceso polémico que ha tenido hasta ahora, pues lo que se pretende con la aprobación de un Estatuto Básico del Empleado público es, precisamente, reducir las distancias de régimen jurídico entre ambos colectivos. Ni la contratación de personal laboral puede constituir una pura y simple huida de los principios constitucionales sobre el empleo público, ni el régimen de los funcionarios públicos puede tener ya las condiciones de rigidez, en cuanto a movilidad en el puesto de trabajo, asignación de tareas y sistema retributivo, que ha sido característica del mismo hasta la fecha. De otra parte, como también se ha apuntado, el Tribunal Constitucional ha relajado o relativizado su doctrina inicial sobre la 51 “preferencia” constitucional por el régimen estatutario, al considerar que la reserva de funciones públicas a funcionarios puede establecerse sobre la base de criterios generales como los que se establecen en el artículo 92.2 de la Ley de Bases del Régimen Local, es decir, la “mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”. En fin, ha de tenerse en cuenta que un Estatuto Básico elaborado con criterios de subsidiariedad y que pretenda aplicarse por muy distintas Administraciones, no debe prejuzgar de manera concreta qué puestos o funciones deben quedar reservados a funcionarios y cuáles pueden ser desempeñados por personal laboral. Ésta es una decisión que debe corresponder, tal como hoy sucede, al legislador en el ámbito del Estado y de las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales en el marco de las leyes sobre el régimen local, y de lo que pueda disponer el propio Estatuto Básico del Empleado Público.

Ahora bien el concepto de potestad no abarca a áreas de actividad administrativa como un bloque monolítico, sino que por el contrario en el ejercicio de una actividad administrativa se ponen en marcha una serie de funciones algunas de las cuales participan de las características que hemos señalado respecto de la potestad pública, y otras que no. Dado que el artículo 9.2 reserva a funcionarios las actividades que supongan participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas, la cuestión que se plantea es como debe interpretarse esa participación indirecta. Pues bien no cabe otra interpretación que no sea restrictiva puesto que no cabe imaginar una sola actividad administrativa que no este indirectamente relacionada con el ejercicio de potestades¹². De modo que si se interpreta de manera restrictiva la excepción, es obvio que hay actividades relacionadas con el ejercicio de una potestad que no están reservadas a funcionario público¹³. La idea de que no se puede decir que un bloque de actividad administrativa supone ejercicio de una potestad en todo caso, y que por el contrario hay que hacer un análisis de las funciones en que se traduce esa actividad está en la base de la Jurisprudencia del TSJUE que más adelante vamos a estudiar. Pero es que además es una cuestión generalmente admitida tal y como demuestra un análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial.

¹² CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS en “El papel del funcionario y el laboral en el nuevo diseño de la Administración Pública”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 11/2011 señala: *“Lo que sí resulta evidente es que cae fuera de toda lógica jurídica una interpretación literalista del precepto, pues bajo dicha óptica, el artículo en sí mismo no tendría sentido, pues resulta difícil imaginar qué actuación de un empleado público en última ratio no ha de tener una participación indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales, dando por lo tanto en este punto entrada a cualquier subjetividad en la materia. Parece por tanto más adecuado, adoptar una interpretación lógica y sistemática, que nos permita comprender el precepto en forma adecuada. Para ello contamos con dos parámetros fundamentales: –El imperativo del artículo 103 de la Constitución (RCL 1978, 2836). –La necesidad de respetar el principio de libre circulación de trabajadores en el Derecho Comunitario, acudiendo a la interpretación que sobre dicho mandato comunitario y su excepción, ha desplegado la Jurisprudencia comunitaria.”*

¹³ ORTIZ MALLOL en la ponencia “De potestades, funcionarios y labores portuarias” presentada a las VIII Jornadas de Derecho Portuario organizadas por la Autoridad Portuaria del Puerto de Sevilla, en octubre de 2012 señala: “Por consiguiente, la reserva a funcionarios debe ser interpretada desde la óptica del principio de libre circulación de los ciudadanos europeos, lo cual conduce a una interpretación restrictiva del art. 9.2 EBEP. Afirmamos que el acento no debe estar tanto en si se interviene en el expediente administrativo en cualquier forma que se relacione directa o indirectamente con el ejercicio de potestades, sino que tal acento debe recaer sobre los trámites que, dentro de los expedientes típicos de ejercicio de cada potestad, deben quedar reservado a personal funcionario. Dada la estructura actual de empleo público, no imaginamos los efectos que tendría sobre el mismo y sobre el ordinario estándar de funcionamiento de las distintas Administraciones Públicas, la reserva a personal funcionario de todas y cada una de las intervenciones -ya sean auxiliares o de apoyo ya sean sustantivas- en los trámites que realice una Administración en materias como la autoorganización, sancionadora (incluyendo la disciplinaria), expropiación, de dominio público (en sus diferentes ramas de investigación, deslinde, protección y recuperación), de otorgamiento de subvenciones y ayudas públicas, tributaria o reglamentaria (incluyendo la de aprobación de planes), entre otras. En la tesis de hacer una interpretación del art. 9.2 EBEP lógica con la estructura administrativa es-

Desde el punto de vista doctrinal nos remitimos a lo dicho por CANALS y AMETLLER en “El ejercicio de funciones de autoridad, control, inspección y certificación”, Comares Granada, 2003, páginas 283 y 284¹⁴. Y desde el punto de vista jurisprudencial vamos a hacer cita de la STS de 24 de noviembre de 2009¹⁵ al enjuiciar los Estatutos de la Empresa de Gestión de Medio Ambiente

pañola, deberemos de atender a una exégesis que cuente con que la esencia misma de la potestad, según lo dicho, reside en una “expresión de supremacía administrativa por razón del interés general” (STS 20 de marzo de 1995), que habilita –como dice la doctrina- para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas de forma unilateral y coactivamente. Por tanto, habrá que determinar, en cada uno de los procedimientos que conforman cada una de las potestades, qué trámites traducen esta supremacía y cuales son meramente accesorios de la misma. Aquí está la (única, a nuestro entender) interpretación posible: reconducir el requisito de actividad administrativa al detalle de trámites (por tanto, no todo el procedimiento de ejercicio de la potestad) que sean sustantivos de la posición de supremacía y por consiguiente, que directamente –y no indirectamente- la conformen. En este sentido se pronuncia SANCHEZ MORON : “desde un punto de vista jurídico, tampoco es fácil interpretar qué se entiende a estos efectos como funciones que impliquen ejercicio de autoridad, ya que no existe una definición legal de las mismas. No obstante, está claro que son funciones de esa naturaleza las que conllevan la potestad de dictar actos administrativos de obligado cumplimiento o actividades de inspección e instrucción de expedientes de carácter sancionador o limitativos de los derechos de los ciudadanos. El ejercicio de autoridad es en sí una actividad a la que los ciudadanos en general están sujetos en virtud de la ley, con independencia de su voluntad. El ejercicio de otras actividades públicas, inclusive las meramente auxiliares de aquellas o las que consistan en la prestación de servicios al público, no requiere que sean reservadas a funcionarios”.

¹⁴ “En términos generales, la actividad jurídica se ha diferenciado y opuesto a la actividad jurídica sobre la base de que la primera supone la aplicación de criterios proporcionados por disciplinas de tipo técnico y no de carácter jurídico. A diferencia de la actividad jurídica, la actividad técnica no consiste en la producción de actos jurídicos sino en gestionar, en actuar de acuerdo con las *regulae artis*. García de Enterría y Fernández Rodríguez han señalado, en la doctrina española, dos de las diferencias más relevantes en torno a las cuales elaborar una teoría jurídica sobre esta distinción. La primera diferencia estriba, por una parte, en que, mientras la actividad jurídica es siempre imputable directamente a la Administración de modo necesario, la actividad técnica cumplida por la organización administrativa es imputable directamente a la persona que la realiza, aunque la Administración tenga en ello algún papel; y, por otra, en que «la actividad jurídica se expresa en declaraciones o ejecuciones que producen ciertos efectos jurídicos, alterando en alguna manera la situación jurídica existente, lo cual falta precisamente a la actividad técnica, sin perjuicio de que la misma resulte regulable por el Derecho». De esta primera diferencia se deriva la segunda: mientras que la actividad administrativa de carácter jurídico se cumple estrictamente por órganos administrativos, la actividad material o técnica se cumple por personas físicas que actúan como órganos de la Administración sólo eventualmente, dado que la actividad administrativa técnica «es justamente la única, que” hace toda la enorme masa de funcionarios y agentes que no actúan nunca como órganos formales de la Administración». Ahora bien, la ordenación y organización de la actividad material siempre ha sido responsabilidad directa de la Administración pública que asume los resultados de la actividad realizada. En consecuencia, si bien se imputa la actividad a las personas físicas o jurídicas que la realizan, la responsabilidad que puede originarse de esa misma actividad podrá ser reprochable a la Administración”.

¹⁵ En este sentido la STS de 24 de noviembre de 2009 al enjuiciar los Estatutos de la Empresa de Gestión de Medio Ambiente de Andalucía (EGMASA), en su FJ 6º “(...) En la nueva configuración del objeto social se prevé expresamente que la Empresa pueda desarrollar algunas actividades que tradicionalmente eran desempeñadas, de manera directa, por la Administración, y que en algunos casos, dependiendo de

de Andalucía (EGMASA) donde se concluye que es legal la atribución a esta empresa pública de actuaciones técnicas de investigación o labores de apoyo al ejercicio de potestades. Esta posición es compartida por el TSJA de Andalucía, que en sentencia de la Sección Tercera, de 27 de junio de 2011, analiza si una encomienda de gestión realizada a la Empresa de Gestión Medioambiental S.A. suponía o no el ejercicio de potestades administrativas por la empresa. Dicha sentencia concluye que la encomienda enjuiciada no conlleva el ejercicio de funciones o potestades públicas, para fundamentar lo cual aplica la doctrina sentada por la STS de 24 de noviembre de 2009 que acabamos de citar en cuanto a que no se incluyen ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material. También se puede citar Informe 8/2009¹⁶, de 3 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, con apoyo en la DA 2ª EBEP, considera como ejercicio de autoridad reservado, la función de inspección administrativa, *“no como actividad administrativa de carácter material, técnico e instrumental, falta de valoraciones o de decisiones vinculantes, sino como técnica de control y, en general, como actividad de policía o de control que se concreta en actas que están dotados de eficacia jurídico-pública”*.

su ejercicio, supone el desapoderamiento de ésta, y por tanto de sus funcionarios, de facultades que implican el ejercicio de potestades públicas, si bien así será según se desarrolle ese objeto social. El texto del artículo 2.1 del Decreto declara que se incluye dentro del objeto social en general « la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente » y, a continuación, enumera un amplio listado de actividades a desarrollar como parte de dicho objeto societario. Dentro de ese objeto social, la mayoría de las actividades nominativamente contempladas no han de suponer un riesgo de privatización de potestades públicas, pero en otros casos puede no ser así.” “(...) Así, la protección de los espacios naturales, la defensa de márgenes y encauzamientos hidráulicos, puede suponer el ejercicio de facultades de auto-tutela, de recuperación y la imposición de sanciones, cuya tramitación corresponde a los funcionarios públicos y a los Agentes de Medio Ambiente en particular; las «actuaciones necesarias» para la clasificación y deslinde de las vías pecuarias pueden suponer la atribución de terrenos al dominio público con importante incidencia en la propiedad privada de los particulares, dada la presunción posesoria y demanial a favor de la Comunidad Autónoma (Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias), la gestión y planificación de montes o espacios naturales no podrá afectar legítimos derechos de terceros, como tampoco EGMASA podrá aprobar planes o programas de caza en terrenos que no sean de su titularidad. Depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas: la protección y defensa del dominio público nunca podrá implicar el ejercicio de potestad sancionadora, ni la imposición de cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, como tampoco, dentro de “ las actuaciones necesarias”, EGMASA podrá aprobar los expedientes administrativos de clasificación y deslinde, aunque pueda llevar a cabo ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material sobre el terreno, pero sin que gocen de presunción alguna las actas levantadas o informes evacuados, en ejercicio de esas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o de agente de la misma”. La negrita y el subrayado es nuestro.

¹⁶ Citado por ORTIZ MALLOL en la obra antes referida.

También se admite esta categoría de actos de auxilio y colaboración por la legislación española. Por lo que se refiere al ámbito normativo hay que comenzar haciendo referencia al artículo 15 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública: “*Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus organismos autónomos así como los de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos. Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral: ... Los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo.*” O el artículo 6 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla La Mancha:”1.- *El ejercicio de las funciones, incluidas las directivas, que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales corresponden en exclusiva al personal funcionario. 2.- Son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes: a.- La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos... A los efectos de lo previsto en el presente apartado y salvo supuestos excepcionales, se **considerará que las funciones instrumentales, auxiliares o de apoyo no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales***”. Por otro lado el artículo 5.3. del Decreto 38/2007, de 13 de febrero Regula el Organismo Pagador y designa el Organismo de Certificación y la Autoridad de Gestión de los Fondos Europeos Agrícolas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, “*De acuerdo con lo establecido en el artículo 125 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, a efectos de garantizar el cumplimiento de las competencias y obligaciones derivadas de la normativa comunitaria, el Organismo Pagador podrá ordenar a las empresas de la Junta de Andalucía declaradas mediante Ley o disposición del Consejo de Gobierno medio propio de la Administración, la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de apoyo de las competencias de control y verificación de los hechos sobre la base de los cuales se conceden las ayudas con cargo a los fondos europeos agrícolas*”. Incluso, descendiendo al caso concreto, ya se prevé normativamente que la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía pueda realizar estas funciones complementarias o auxiliares. Así el artículo 5.5 de los Estatutos de la Agencia, aprobados mediante Decreto 99/2011, de 19 de abril dispone que: “*La Agencia queda habilitada, para realizar funciones complementarias y de investigación y auxilio, de las potestades administrativas que le han sido atribuidas en el apartado 2, con sus propios medios materiales y personales, garantizando en todo caso que las actuaciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas queden reservadas a personal funcionario*”.

2. La importancia de la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en la interpretación del concepto de potestad y acto de auxilio o colaboración.

Como señala CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS¹⁷ el artículo 9.2 del EBEP recoge el mismo texto que el artículo 57 en cuanto a los puestos de la Administración Pública a los que no pueden tener acceso los extranjeros, que a su vez coincide con el 45 TFUE. El precepto que permite exceptuar la libre circulación de trabajadores, tiene la misma redacción que nuestro artículo 9.2 y la misma base: que las funciones en cuestión supongan participar directa o indirectamente en el ejercicio del poder público o la protección de intereses generales. Por ello es especialmente importante la jurisprudencia emanada del Tribunal del Justicia de la Unión Europea (TSJUE) interpretando el alcance de esta excepción, como remarca esta autora. En este mismo sentido se puede citar la opinión de SÁNCHEZ MORÓN¹⁸ que señala que:

“El criterio del artículo 9.2 sigue literalmente la propuesta del Informe de la Comisión de Expertos. Por eso, aunque se trata de un criterio muy abstracto y general, expresado a través de conceptos indeterminados, su interpretación debe hacerse conforme a lo señalado en dicho Informe, que constituye el origen de la norma.

Pues bien, el Informe de la Comisión deduce el criterio mencionado de la expresión que suele utilizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para definir en qué casos los Estados miembros de la Unión pueden reservar funciones o puestos de trabajo en la Administración a ciudadanos de su propia nacionalidad, con exclusión de los ciu-

¹⁷ Carmen Carretero Espinosa de los Monteros en el artículo “El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la Administración Pública”, Revista Aranzadi Doctrinal número 11/2011. En análogo sentido Antonio V. Sempere Navarro y F. Javier Hierro Hierro comentando el artículo 57 del EBEP en los “Comentarios a la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Editorial Aranzadi, primera edición 2008. Josefa Cantero Martínez en la Comunicación “A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo” presentada en el XVIII Congreso Italo-spagno de profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Bolonia los días 27, 28 y 29 de mayo de 2010 y en “Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcional)” (Ponencia presentada al VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, Vitoria 9 al 11 de junio de 2010). O.J.A. Ortiz Mallol en la Ponencia “De potestades, funcionarios y labores portuarias”, presentada en las Octavas Jornadas de Derecho Portuario, organizadas por la Autoridad Portuaria de Sevilla en octubre de 2012.

¹⁸ Así se expresa el referido autor en los Comentarios la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público de la Editorial Lex Nova, 1º Edición julio de 2007.

dadanos de los demás Estados miembros. El criterio que se fija por la jurisprudencia comunitaria para excepcionar el principio de libre circulación de los trabajadores en el ámbito de la Unión Europea es el que se trae ahora al Estatuto Básico para definir las funciones que deben reservarse en todo caso a personal funcionario en nuestro país. Y ello porque hay en ambos casos una identidad de razón. Se trata de aquellas funciones que corresponden al núcleo esencial e indeclinable de la actividad administrativa.

En consecuencia, los conceptos de «ejercicio de las potestades públicas» y de «salvaguardia de los intereses generales» no deberían ser objeto de una interpretación extensiva, como seguramente pretenderán los partidarios de la funcionarización general del empleo público. El primero de ellos remite simplemente a aquellos puestos de trabajo que suponen el ejercicio de funciones de autoridad, tales como la elaboración y aprobación de actos administrativos limitativos de derechos, las actividades de inspección y sanción, la exacción de tributos o la emanación de órdenes de policía, incluso verbales. El segundo alude a otras funciones que son indispensables para el ejercicio del poder público.

La forma más correcta de interpretar el precepto y resolver las dudas que su aplicación va a plantear es, por tanto, remitirse a los criterios que la Comisión Europea y la propia legislación interna (véase, por ejemplo, el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo) manejan para establecer las funciones en las que no se aplica el principio comunitario de libre circulación de trabajadores.”

Siguiendo tal criterio estudiaremos los pronunciamientos más significativos del TSJUE, que no sólo admite esta categoría de actos que son funciones de auxilio o colaboración al ejercicio de la potestad, sino que es el concepto fundamental de su doctrina en torno al ejercicio de potestades. Así en la Sentencia de 22 de octubre de 2009, recaída en asunto C 438.08 Comisión contra la República Portuguesa a propósito de la actividad de las Inspecciones Técnicas de Vehículos, señala: “36.- Según reiterada jurisprudencia, la excepción prevista por dicho artículo debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (véanse las sentencias *Reyners*, antes citada, apartado 45; de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, C42/92, Rec. p. I4047, apartado 8, y de 31 de mayo de 2001, *Comisión/Italia*, C283/99, Rec. p. I4363, apartado 20), lo cual excluye que se consideren «relacionadas con el ejercicio del poder público» a efectos de dicha excepción las funciones meramente auxiliares y preparatorias con respecto a la entidad que ejerce efectivamente el poder público al adoptar la resolución final (sentencias antes citadas *Thijssen*, apartado 22; *Comisión/Austria*, apartado 36, y *Comisión/Alemania*, apartado 38).”

3. Con carácter previo al estudio de la Jurisprudencia, descripción material de control sobre el terreno.

Por tanto admitido en términos generales la existencia de actos de colaboración y apoyo al ejercicio de potestades que no suponen ejercicio de estas y no están reservados a funcionarios, hay que analizar en este momento si los controles sobre el terreno pertenecen a esta categoría. Para ello vamos a hacer, con carácter previo, una breve descripción material del control sobre el terreno, que coincide con el control analizado en la sentencia que comentamos. Los controladores de campo son (con carácter general) personal laboral de una Agencia o Empresa Pública. En ningún momento adoptan la decisión de realizar el control sino que esto se produce como consecuencia de la encomienda a tal empresa o agencia por parte del Organismo de Control Autorizado que a su vez lo hace en aplicación del plan de inspección o como consecuencia de que a través de controles administrativos o controles realizados por teledetección se haya descubierto una incidencia. Para realizar la labor los controladores han de seguir un patrón de actuación fijo estando totalmente regulados sus deberes, los elementos que han de comprobar, el modo de hacerlo, y de reflejarlo. Fundamentalmente lo que se hace es reflejar la realidad física de las declaraciones realizadas por los solicitantes de la ayuda. Dichas actas se mandan a la DGFAGA y se elabora el informe del control de campo, dicho informe, en el caso de la sentencia y en la generalidad de los casos está elaborado por un funcionario en base a los datos suministrados en el acta. Este funcionario es el que dirige la actividad del controlador y no está vinculado por sus resultados. En caso de que dicho informe refleje un incumplimiento, como sucede en nuestro caso, se le da audiencia al interesado y finalmente resuelve la Dirección General del FAGA y se da traslado a los organismos pagadores a los efectos de hacer las minoraciones que procedan.

4. Estudio de los principales pronunciamientos del TSJUE sobre el concepto de potestad pública y actos de colaboración y apoyo.

Teniendo en mente como se ha hecho materialmente el control sobre el terreno vamos a analizar los pronunciamientos del TSJUE sobre esta materia para encontrar los criterios que utiliza el Tribunal a la hora de distinguir las meras labores de apoyo del verdadero ejercicio de potestades:

A. Asunto 438.08 Comisión contra la República Portuguesa a propósito de la actividad de las Inspecciones Técnicas de Vehículos.

Destacamos en **negrita** algunos aspectos de la sentencia que nos parecen relevantes:

“37.- El Tribunal de Justicia ha aclarado además la distinción que existe entre las actividades de los organismos privados que constituyen meras funciones preparatorias y las que constituyen una participación directa y concreta en el ejercicio del poder público señalando que, incluso cuando los organismos privados ejercen funciones de poder público extrayendo las consecuencias de los controles que llevan a cabo, la posibilidad de invocar el artículo 45 CE queda excluida cuando la normativa aplicable establece un encuadramiento de los citados órganos por la autoridad pública competente (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Comisión/Austria, apartado 41, y Comisión/Alemania, apartado 43). Efectivamente, el Tribunal de Justicia ha declarado que los organismos privados que ejerzan su actividad bajo la supervisión activa de la autoridad pública competente responsable, en última instancia, de los controles y de las resoluciones de dichos organismos, no pueden considerarse «directa y específicamente relacionado[s] con el ejercicio del poder público» a efectos del artículo 45 CE (sentencias antes citadas Comisión/Austria, apartado 42, y Comisión/Alemania, apartado 44).

38.- Según las indicaciones contenidas tanto en el escrito de interposición del recurso como en el escrito de contestación, la inspección técnica de los vehículos en Portugal es competencia de un organismo público, el Institut public de la mobilité et des transports terrestres, el cual, no obstante, puede utilizar los servicios de las entidades privadas para llevar a cabo las inspecciones. La entidad privada de inspección de vehículos debe adoptar la decisión de certificar o no la conformidad técnica de los vehículos sin intervención alguna de la autoridad pública administrativa.

39.- Además, según se desprende del escrito de contestación, la actividad de los establecimientos de inspección de vehículos se organiza en dos fases. En una primera fase, dicha actividad consiste en efectuar visitas técnicas, es decir, comprobar la conformidad de los vehículos inspeccionados con las normas técnicas aplicables y redactar un acta de la visita en la que se reflejen los detalles de los exámenes realizados y los resultados obtenidos. En una segunda fase, dicha actividad incluye la certificación de la inspección efectuada mediante la colocación de una viñeta en el vehículo o, por el contrario, la denegación de la certificación.

40.- Las actividades correspondientes a la primera fase son exclusivamente de carácter técnico y, por consiguiente, ajenas al ejercicio del poder público (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C3/88, Rec. p. 4035, apartado 13). Por el contrario, la segunda fase relativa a la certificación de la inspección técnica conlleva el ejercicio de facultades de poder público, ya que se trata de extraer las consecuencias jurídicas de la inspección técnica.

41.- Sin embargo, a este respecto, ha de señalarse que la decisión de certificar o no certificar la inspección técnica se limita, en esencia, a constatar los resultados de la inspección, por lo que, de una parte, carece de la autonomía decisoria propia del ejercicio de las prerrogativas de poder público, y, por otra parte, se adopta en el marco de una supervisión estatal directa. “

Por tanto vemos que el Tribunal considera que las labores esencialmente técnicas donde se hacen exámenes sobre la realidad material y se reflejan los resultados en documentos, que se hacen bajo la supervisión y dirección de la Administración no participan del ejercicio de la potestad.

B. Asunto c-405/05 de la Comisión contra la República Federal de Alemania sentencia de 29 de noviembre de 2007 a propósito de si la actividad que llevan a cabo los organismos privados de control de la producción agrícola ecológica supone una participación en el poder público.

“38.- De esta forma, según reiterada jurisprudencia, la excepción prevista por dichos artículos debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (véase la sentencia Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, antes citada, apartado 46 y jurisprudencia citada), lo que excluye que se consideren relacionadas con el ejercicio del poder público a efectos de dicha excepción las funciones meramente auxiliares y preparatorias con respecto a la entidad que ejerce efectivamente el poder público al adoptar la resolución final (sentencia Thijssen, antes citada, apartado 22).

39.- Conforme se deduce del Reglamento n° 2092/91, la actividad de los organismos privados y sus modalidades de ejercicio pueden describirse como se expone a continuación.

40.- En primer lugar, los organismos privados deben aplicar, conforme al artículo 9, apartado 3, del Reglamento n° 2092/91, las medidas precautorias y de control mencionadas en el anexo III del citado Reglamento.

41.- En segundo lugar, en virtud del artículo 9, apartado 9, letras a) y b), del citado Reglamento, estos organismos han de llevar a efecto las consecuencias de los controles que efectúen permitiendo o no la utilización de las indicaciones relativas al método de producción ecológica en los productos comercializados por los operadores que controlen y, en caso de infracción manifiesta o de efecto prolongado, prohibiendo, durante un período previamente acordado con la autoridad pública competente, la comercialización de los productos del operador de que se trate con indicaciones relativas al método de producción ecológica.

42.- En tercer lugar, en virtud del artículo 9, apartados 6, letra c), y 8, letras a) y b), del Reglamento n° 2092/91, los citados organismos deben rendir cuentas de su actividad a la autoridad encargada de su autorización y de su supervisión, respectivamente, informándole de las irregularidades y de las infracciones comprobadas, así como de las sanciones impuestas, facilitándole cualquier información exigida y remitiéndole cada año una lista de los operadores sujetos a su control y un informe de su actividad. Por otra parte, el referido artículo 9, apartado 8, letra a), establece que los organismos privados facilitarán a la autoridad competente de la que dependen, a efectos de la inspección, el acceso a sus despachos e instalacio-

nes y cuanta información y ayuda dicha autoridad estime necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

43.- Si bien se desprende de estos elementos que la actividad de los organismos privados no consiste únicamente en efectuar controles de conformidad de los productos de la agricultura ecológica, sino que incluye asimismo el ejercicio de prerrogativas en lo relativo a las consecuencias que deben extraerse de tales controles, debe señalarse que el Reglamento n° 2092/91 dispone que tales organismos quedan sometidos a la inspección de la autoridad pública competente. De esta forma, el artículo 9, apartado 4, de dicho Reglamento somete estos organismos a la supervisión de dicha autoridad. Entre otras disposiciones, el apartado 6 de este mismo artículo establece las modalidades de ejercicio de dicha supervisión, previendo, en particular, que a la citada autoridad, además de la competencia de expedición y retirada de la autorización, le incumbe la función de garantizar la objetividad de los controles efectuados por los organismos privados y de comprobar su eficacia. Además, el artículo 9, apartado 8, letra a), del mismo Reglamento exige a tales organismos que faciliten el acceso a sus despachos e instalaciones a la autoridad competente, a efectos de la inspección.

44.- Por lo tanto, los organismos privados ejercen su actividad bajo la supervisión activa de la autoridad pública competente, que es, en última instancia, responsable de los controles y de las resoluciones que incumben a dichos organismos, tal como ponen de manifiesto las obligaciones que recaen sobre la mencionada autoridad y que se enuncian en el apartado precedente de la presente sentencia. (La negrita y el subrayado es nuestro) Por otra parte, esta conclusión se ve corroborada por el artículo 3, apartado 1, de la ÓLG, en la medida en que indica que la asunción por los organismos privados de las tareas de control previstas por el Reglamento n° 2092/91 no puede llevar consigo la tramitación de un procedimiento administrativo. De ello se deduce que el papel auxiliar y preparatorio encomendado a los organismos privados por este Reglamento con respecto a la autoridad de supervisión no puede considerarse directa y específicamente relacionado con el ejercicio del poder público a efectos del artículo 55 CE, en relación con el artículo 45 CE, párrafo primero.

45.- La República Federal de Alemania alega, sin embargo, que se reconocen a los organismos privados en Alemania prerrogativas exorbitantes con respecto al mencionado Reglamento. De este modo, son competentes para adoptar actos administrativos que gozan de una fuerza vinculante equivalente a la de las decisiones adoptadas por una autoridad pública.

46.- Sobre este particular, procede señalar, por un lado, que según se ha recordado en el apartado 37 de la presente sentencia, la excepción prevista en el artículo 55 CE, en relación con el artículo 45 CE, párrafo primero, debe interpretarse de tal modo que su alcance quede limitado a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que permite a los Estados miembros proteger”.

La actividad de estos órganos de control de la producción de agricultura

ecológica es desde el punto de vista técnico semejante a la de los controladores de campo. Realizan una serie de labores de comprobación física del cumplimiento de determinados requisitos, o compromisos, posteriormente sobre dicha base adoptan actos que inciden en la esfera jurídica de los particulares, y que si participarían del ejercicio del poder público. Lo esencial es una vez más el carácter técnico de la primera fase y que la Administración guarda el control y supervisión de dicha actividad.

5. Otros pronunciamientos de TSJUE. La jurisprudencia del TSJUE a propósito de las funciones notariales en varios países.

También resulta de interés los diversos pronunciamientos que sobre las funciones notariales de varios países ha realizado la Comisión Europea señalando que a pesar de tener funciones de autenticación de documentos y de estar dotados estos documentos de fuerza ejecutiva no suponen ejercicio de poder directo y son más bien funciones auxiliares y preparatorias. Citamos, a título de ejemplo, la sentencia de 24 de mayo de 2011 recaída en el asunto 51-08 donde se hace cita de otras similares. También resulta de interés el asunto 2/74 referido a los auditores de cuentas de Bélgica. Estos auditores realizan informes sobre el estado de las cuentas de los auditados e incluso pueden llegar a imponer unas restricciones temporales hasta que sean confirmadas por la autoridad. El TSJUE consideró que la labor de recogida de datos no suponía ejercicio de potestad alguna en cuanto que también lo pueden hacer los particulares.

6. Aplicación de estos criterios a los controles sobre el terreno.

A la vista de lo anterior podemos extraer una serie de parámetros para determinar si estamos o no ante una actividad de auxilio o colaboración desde este punto de vista y fundamentalmente serían que la actividad que se realice sea de recogida de datos o de comprobación técnica y que esa labor se encuentre bajo la dirección, control, supervisión de la Administración, de modo que los actos que afectan a los particulares puedan ser imputables a la Administración.

Este criterio sirve tanto para determinar si la actividad se puede ejercer por un comunitario, como para determinar si puede hacerlo un laboral. Aunque la consecuencia es diferente. En el caso de que nos encontremos ante el supuesto de decidir si una actividad la hace un laboral o un funcionario hay que atender a si las supuestas mayores garantías que ofrece la intervención del funcionario sobre el laboral son necesarias en ese caso concreto. Se entiende que las labores de apoyo no exigen este plus de garantía y por tanto pueden ser realizadas sin problema por un laboral. Del mismo modo desde este punto de vista no hay

problema alguno para reconocer que si además de esa labor el trabajo en cuestión conlleva un ejercicio de potestad pública esta le está vedada al laboral. Ahora bien cuando lo que se trata es de proteger la libre circulación de trabajadores, el TSJUE, va más allá. Pero no va más allá porque su concepto de potestad sea más laxo, sino en protección de la libertad de circulación que considera un elemento fundamental de la Unión Europea. Y por ello, para esos casos, dice que aún cuando además de estas labores preparatorias se ejercite alguna que suponga participación directa o indirecta en el poder público y que sea accesoria y separable de la anterior dicha profesión no puede ser vetada a un comunitario. En nuestro caso no estamos ante esta situación el controlador nunca llega a sobrepasar el límite de una actuación de auxilio a las labores de control.

La deducción que cabe realizar, aplicando tales criterios a la descripción física del control realizado es que estamos ante una labor previa al ejercicio de la potestad. Pero es que la propia regulación de los controles de campo confirma que estamos ante una labor de carácter eminentemente técnica, que se realiza bajo la dirección y dependencia de la administración que conserva el control, dirección y supervisión de la actividad de control, y que no inicia procedimiento administrativo alguno.

7. El estudio de la normativa reguladora de los controles confirma su naturaleza como actos de apoyo y colaboración para el ejercicio de una potestad.

La normativa reguladora de los controles de campo es muy extensa y se encuentra tanto en el ámbito europeo, como en el nacional y autonómico. El principio de condicionalidad de las ayudas de la PAC está actualmente previsto en el Reglamento (CE) núm. 73/2009 del Consejo, de 19 de enero de 2009, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 1290/2005, (CE) núm. 247/2006, (CE) núm. 378/2007 y se deroga el Reglamento (CE) núm. 1782/2003. Este Reglamento establece la obligación para todo agricultor que reciba pagos directos de cumplir con los requisitos legales de gestión citados en su anexo II y con las buenas condiciones agrarias y medioambientales que establezcan los Estados miembros, y en virtud de su artículo 6, sobre la base del marco establecido en su anexo III.¹⁹

¹⁹ Hay otras normas que complementan en el ámbito europeo a la anterior, entre otras: Reglamento (CE) 1122/2009, de 30 de noviembre, que desarrolla el citado Reglamento (CE) núm. 73/2009, en lo re-

A nivel nacional tenemos el Real Decreto 486/2009, de 3 de abril, por el que se establecen los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales que deben cumplir los agricultores que reciban pagos directos en el marco de la política agrícola común, los beneficiarios de determinadas ayudas de desarrollo rural, y los agricultores que reciban ayudas en virtud de los programas de apoyo a la reestructuración y reconversión y a la prima por arranque del viñedo. Real Decreto 202/2012, de 23 de enero, sobre la aplicación a partir del 2012 de los pagos directos a la agricultura y a la ganadería, modificado por el Real Decreto 2/2013 de 11 de enero. Real Decreto 1441/2001, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Fondo Español de Garantía Agraria, modificado por los Reales Decretos 1516/2006, de 7 de diciembre, 805/2011, de 10 de junio, y 401/2012, de 17 de febrero. Además de esta normativa hay que tener en cuenta por su importancia práctica las múltiples Circulares del FEGA en esta materia que vienen a facilitar la interpretación y aplicación uniforme de la normativa y ello porque como se trata de controlar un muy elevado número de elementos, de diversa naturaleza y con diferentes métodos una labor de unificación a este nivel técnico es imprescindible. De entre ellas destacamos las últimas en esta mate-

ferido a la condicionalidad, la modulación y el sistema integrado de gestión y control en los regímenes de ayuda directa a los agricultores establecidos por ese Reglamento y Reglamento (CE) núm. 1234/2007, de 22 de octubre, en lo referido a la condicionalidad en el régimen de ayuda establecido para el sector vitivinícola que deroga el Reglamento (CE) núm. 796/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004. También hay que tener en cuenta el Reglamento (CE) núm. 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), establece en su artículo 51 que los beneficiarios de las ayudas previstas en los incisos i) a v) de la letra a) y en los incisos i), iv) y v) de la letra b) del artículo 36 de dicho Reglamento, deberán cumplir en toda su explotación los mismos requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales que los beneficiarios de ayudas directas. El Reglamento (CE) núm. 1975/2006 de la Comisión, de 7 de diciembre de 2006 (LCEur 2006, 3489), establece las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 1698/2005 del Consejo en lo que respecta a los procedimientos de control de la condicionalidad en relación con las medidas de ayuda al desarrollo rural. Este Reglamento ha sido derogado y sustituido por el Reglamento 65/2011 de la Comisión de 27 de enero de 2011 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 1698/2005 del Consejo en lo que respecta a la aplicación de los procedimientos de control y la condicionalidad en relación con las medidas de ayuda al desarrollo rural. También el Reglamento (CE) núm. 479/2008 del Consejo, de 29 de abril de 2008, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola, establece en los artículos 20 y 103, respectivamente, que deberán respetar los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales los agricultores que reciban ayudas en virtud de los programas de apoyo a la reestructuración y reconversión del viñedo así como los que reciban pagos de la prima por arranque. Reglamento (CE) n.º 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre de 2007, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas (Reglamento único para las OCM).

ria, la Circular 40/12 que sustituye a la 7/12 y que establece el Plan Nacional de Controles de Condicionalidad para 2013 y la 13/2013 que establece el Plan Nacional de Controles sobre el Terreno para verificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de las superficies de los regímenes de ayuda declarado en la solicitud única de 2013. Se trata de circulares que suelen aprobarse todos los años con una vigencia anual.

En el ámbito autonómico la norma de referencia es la Orden de 22 de junio de 2009, por la que se establecen los requisitos legales de gestión y las buenas condiciones agrarias y medioambientales que deben cumplir los agricultores y ganaderos que reciban pagos directos en el marco de la política agrícola común, los beneficiarios de determinadas ayudas de desarrollo rural, y los agricultores que reciban ayudas en virtud de programas de apoyo a la reestructuración y reconversión y a la prima por arranque del viñedo; norma ésta modificada por Orden de 22 de junio de 2011. Además de lo anterior y de manera semejante a lo que hace el FEGA, la Dirección General de Producción Agrícola y Ganadera aprueba Planes Andaluces de Control de la Condicionalidad y la Admisibilidad. En definitiva, se trata de una extensa normativa; a través de su estudio confirmamos que las labores que realizan los controladores de campo son labores previas al ejercicio de la potestad.

8. Elementos de la normativa que confirma la naturaleza de los controles sobre el terreno.

A. La distinción entre acta de control e informe de control.

En primer lugar hay que poner de manifiesto que la normativa comunitaria no regula la figura del acta a diferencia de lo que hace la normativa nacional y autonómica que regulan como veremos el acta y el informe de control. El hecho de que se distingan estos dos documentos pone de relieve que estamos ante dos fases distintas del control de campo, una en el terreno y otra en gabinete. Los Reglamentos comunitarios parten de la existencia de estas dos fases, pero sólo regulan el contenido del informe, y ello porque el informe es el acto administrativo donde se recogen los posibles incumplimientos en base a los datos físicos suministrados por la visita al terreno, y es el acto que da inicio propiamente al procedimiento de control. Así se puede observar que el artículo 54.1 del Reglamento CE 1122/09, referente a los informes de control de condicionalidad señala que en el informe se recogerán los incumplimientos y que estos se comunicarán al agricultor en el plazo de un mes. En análogo sentido el artículo 48. 3 del Reglamento 796/04 señalaba que el informe se comunicará al agricultor en el plazo de un mes tras la realización del control en el te-

rreno, ampliable a tres meses cuando había determinadas circunstancias, especialmente cuando hay que hacer análisis de laboratorio. Esto confirma que la documentación de la visita, el acta, no es el informe, el acta se firma tras la visita y el informe se puede realizar hasta tres meses después. Este hecho ya pone de relieve que la visita lo que hace es recoger datos y preparar el informe. La diferencia entre el acta y el informe y su diferente regulación se recoge con claridad en la normativa nacional y autonómica citada. Conforme a la misma se puede señalar que cada visita de control se registrará en **un acta de control** que recogerá, un contenido mínimo definido en las circulares citadas. Al cumplimentar el acta, el controlador deberá especificar para cada elemento a controlar, no solo si se cumple o no, sino si dicho elemento debe comprobarse. Además hay que diferenciar si el control no ha podido realizarse por alguna causa (por ejemplo periodo inadecuado) o si dicho control no se ha realizado por no ser pertinente. En caso de observar incumplimiento deberá indicar los aspectos técnicos que permitan valorar la gravedad, alcance y persistencia de los incumplimientos. Deberá indicar la naturaleza y la amplitud de los controles realizados y efectuar cualquier aclaración que considere en el apartado de “Observaciones”.

En cuanto al informe, cada control sobre el terreno realizado, será objeto, de un Informe que deberá elaborar el organismo especializado de control y que estará basado en el acta de control. El organismo especializado de control valorará las observaciones indicadas en el acta por el controlador, evaluará la importancia de los posibles incumplimientos detectados según la gravedad, alcance, persistencia y repetición de los mismos, de acuerdo con los criterios establecidos en la circular del FEGA “Criterios para la aplicación de las reducciones previstas en el Reglamento (CE) n° 1122/2009”, e indicará, en su caso, los factores que podrían dar lugar a un aumento o disminución de la posible reducción a aplicar. El informe de control deberá elaborarse en el plazo de un mes tras la realización del control sobre el terreno. Una vez elaborados los informes de control, cada organismo especializado de control remitirá los mismos, en el plazo de un mes tras su finalización, bien directamente o a través, en su caso, del organismo de coordinación de los organismos de control, al organismo pagador, para que éste de acuerdo con la circular del FEGA aplique las reducciones que en su caso correspondan, mediante el procedimiento administrativo que cada Comunidad Autónoma prevea.

De esta parte destacamos que estamos ante una labor de recogida de datos, que los juicios que se piden a los controladores son técnicos. Que el formato del control está totalmente determinado por la normativa lo que pone de manifiesto la nula discrecionalidad jurídica del controlador que se limita a relle-

nar las actas de control conforme al modelo del anexo recogiendo datos técnicos²⁰. Y lo más importante de esta parte es que queda claro que el Organismo de control mantiene la dirección sobre la actividad del controlador valora las observaciones y evalúa los posibles incumplimientos. La Administración no está vinculado por el resultado y puede ordenar que se repita el control. Es decir, a pesar de que no se puede minimizar la importancia de los datos recogidos en el acta, el organismo de control es quien dirige y supervisa la actividad y quien determina finalmente los incumplimientos pudiendo separarse de lo recogido en el acta lo que confirma que la elaboración de la misma es una labor meramente preparatoria del informe que realiza el organismo especializado de control y que supone el ejercicio de la potestad. En este sentido se puede citar el punto 6.9.2.1 del Plan Andaluz de Controles de Campo que al regular el trámite de audiencia tras la realización del control deja claro que la Administración tiene el control del control sobre el terreno, si se nos permite el juego de palabras: *“La DGPAG, tras revisar los incumplimientos impuestos en las actas/informes de control y valorar las observaciones de los controladores, elaborará un trámite de audiencia, siguiendo el modelo descrito en el anexo VII de este plan, otorgando un plazo de 15 días para que los titulares afectados presenten las alegaciones que estimen pertinentes en cumplimiento del artículo 68 del reglamento 796/2004, con indicación de la valoración de los incumplimientos y los porcentajes de reducción y/o exclusión aplicados, de acuerdo con los criterios establecidos en la circular 28/2008 del FEGA. Si, tras revisar las actas/informes de control y las listas chequeo, así como las observaciones y demás pruebas presentadas por los equipos de control sobre el terreno, la DGPAG considera que alguno/os de los incumplimiento/s impuesto/s por los técnicos de control de campo, no se ajusta a las indicaciones dadas y establecidas en el manual del controlador (anexo IV), o detecta irregularidades sistemáticas, podrá eliminar dichos incumplimientos, elaborando para ello un informe de revisión donde especificará el motivo de la eliminación o corrección efectuada. Así mismo, en el caso de que se detecte un error sistemático o generalizado en las actas entregadas, se adoptarán las medidas oportunas para subsanar estas deficiencias, entregando para ello instrucciones escritas que se incluirán al “manual del controlador” Transcurrido el plazo de presentación de alegaciones, sin que se presenten alegaciones o en su caso, tras el estudio de éstas, la DGPAG emitirá una*

²⁰ El punto 4.5. del Plan Nacional señala: Actuaciones del controlador.

“El organismo especializado de control suministrará a los controladores que lleven a cabo las inspecciones sobre el terreno, toda la información que sea necesaria así como unas instrucciones detalladas de modo que se garantice que todos los controles se realizan con arreglo a un procedimiento común preestablecido. Así mismo deberá ir provisto de: Toda la documentación necesaria para efectuar las comprobaciones oportunas según el tipo de control, copia de las solicitudes de ayuda, listado reciente del censo de la explotación, información alfanumérica y gráfica SIGPAC etc. El equipamiento necesario que le permita realizar el control y aportar pruebas de los posibles incumplimientos: prismáticos, cámara fotográfica digital que incorpore la fecha, etc. En su caso material de toma de muestras. En el anexo 2 se recogen aquellos aspectos que, como mínimo, deberían quedar definidos en las instrucciones que se den a los controladores, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas añadan otras instrucciones complementarias”.

Resolución que dicte los incumplimientos finalmente imputados al titular, su valoración y el porcentaje de la reducción aplicable, de acuerdo a los modelos indicados en el anexo VII. Una vez notificada la resolución, la DGPAG comunicará a los órganos responsables de la gestión de las ayudas supeditadas al control de la condicionalidad, los resultados de los controles efectuados trasladando la información que se recoge en el anexo VIII.2". Pero no sólo es que la Administración se pueda separar de lo establecido en el control, sino que además realiza "controles de calidad" sobre la actuación de control, al menos sobre el 1% del total de agricultores/beneficiarios seleccionados en la muestra de control de condicionalidad, así como de los seleccionados en las muestras adicionales. Estos controles de calidad serán realizados por técnicos de control diferentes a los que realizaron el primer control, con el objeto de detectar posibles errores sistemáticos o interpretaciones incorrectas de las normas establecidas. La selección de la muestra de los expedientes de control de calidad será realizada por la autoridad competente de control de condicionalidad. Una vez realizados dichos controles de calidad, se elaborará un informe con los resultados de los mismos y las actuaciones a emprender en caso de detectarse irregularidades entre ambos informes. Por tanto el funcionario que realiza el informe tiene el control de la actuación de control sobre el terreno y se puede separar de lo dicho. Además la Administración vigila y supervisa el la calidad de los mismos, y en ningún caso el procedimiento administrativo se inicia por el control sino que el resultado técnico del control se eleva a la Dirección General y esta es la que decide iniciar o no el correspondiente procedimiento a través del Informe.

Cierto es que en algún momento se pretende dar al acta el valor de informe, y ello supondría que el mismo acta ya supone ejercicio de potestad pública. Así sucede respecto de los controles de admisibilidad, no de los de condicionalidad, en la Circular de FEGA 12/11 cuando señala en el punto 15.3 "Cada uno de los controles sobre el terreno efectuados se recogerán en un acta de control, que tendrá el valor del informe de control a que se refiere el artículo 32 del Reglamento (CE) n° 1122/2009". Sin embargo dicha equiparación no es automática, sino que por el contrario "El acta de control contendrá los resultados de los controles sobre el terreno, irá acompañada de los eventuales trabajos de gabinete" con lo que obviamente ya no puede equiparse. Pero además continúa: "En el momento del control se podrá optar por realizar acta del mismo o posponerlo para su realización en gabinete". Finalmente se exige que "en el acta se haga constar que se informará al titular o su representante que el informe de control se realizará una vez procesados en gabinete los datos tomados en campo y que se le notificará dicho informe de control mediante escrito con acuse de recibo si los resultados del control no coinciden con los datos declarados en usos o en superficies, con el fin de que pueda presentar las alegaciones o incidencias que considere oportuno al amparo de la legislación vigente". Por su parte la Orden Andaluza en su punto 9.3 se refiere a la equiparación entre acta

e informe sólo a efectos de entender cumplida la obligación de notificar el informe en el plazo reglamentario: “Cuando el titular o su representante estén presentes en el control sobre el terreno el acta entregada en dicho acto tendrá la consideración de informe de control a los efectos de la notificación establecida en el apartado anterior”. Sin embargo queda claro que el acto donde la administración refleja su voluntad e inicia el procedimiento es el informe: “4. Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera notificará los incumplimientos detectados tanto en los controles sobre el terreno como en los controles administrativos, así como de todos aquellos puestos en su conocimiento por cualquier otro medio, indicando la valoración de dichos incumplimientos, conforme a lo establecido en el artículo 58 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En la citada notificación se indicará el plazo de que dispone el interesado para formular las alegaciones que estime oportunas, de acuerdo con el artículo 84 de la citada Ley 30/92.

5. La Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera, transcurrido el plazo de presentación de alegaciones, emitirá la correspondiente resolución mediante la cual notificará los incumplimientos definitivamente imputados al titular, todo ello sin perjuicio de los recursos que contra dicha resolución Ley 30/92.

6. Dicha resolución será remitida en el plazo de un mes tras su finalización conforme al artículo 48.3 del Reglamento (CE) núm. 796/2004, a los organismos responsables de la gestión de las ayudas descritas en el artículo 1.2 de esta Orden para que apliquen las reducciones y exclusiones descritas en el artículo 11 de esta Orden.”

En el Plan Andaluz de controles, en determinados casos también se habla de acta e informe de manera indiferenciada pero sin embargo ello no oculta que el informe se hace posteriormente al control de campo sobre la base del acta y que es este informe el que inicia el procedimiento dando audiencia al interesado. “6.9.2. Los organismos competentes en los controles oficiales de la normativa sectorial aplicable a alguno de los actos y/o normas aplicables en Condicionalidad, entre ellos los correspondientes a la identificación y registro de animales de las especies bovino y ovino-caprino, y los responsables del control de admisibilidad de las ayudas supeditadas al cumplimiento de la condicionalidad, remitirán a la DGPAG las actas del control y la información descrita en el apartado 6.4 y 6.5 respectivamente, para que ésta elabore un informe de control que adoptará el formato de trámite de audiencia utilizado en los controles sobre el terreno de condicionalidad, que contendrá además de la determinación y valoración de los incumplimientos, el porcentaje de reducción aplicable, y hará referencia al organismo que detectó la irregularidad y la fecha de del control.

En caso de que los titulares afectados presenten alegaciones tras la notificación del trámite de audiencia, en desacuerdo con el control efectuado, la DGPAG enviará dichas alegaciones

a los organismos responsables de la gestión implicados, para que éstos evalúen su aceptación y/o rechazo y remitan el resultado en el plazo máximo de 1 mes a la DGPAG.

Transcurrido el plazo de presentación de alegaciones, sin que se presenten alegaciones o en su caso, tras el estudio de éstas, la DGPAG emitirá una Resolución que dicte los incumplimientos finalmente imputados al titular, su valoración y el porcentaje de la reducción aplicable, de acuerdo a los modelos indicados en el anexo VII.

Una vez notificada la resolución, la DGPAG comunicará a los órganos responsables de la gestión de las ayudas supeditadas al control de la condicionalidad, los resultados de los controles efectuados, mediante la información que se recoge en el anexo VIII y a través de un documento de evaluación, en el caso de los controles de admisibilidad, cuyo modelo se recoge en el anexo IX, para que se apliquen las correspondientes reducciones en aplicación de lo establecido en el siguiente apartado.”

- B. Otros elementos: la teledetección, el elevado número de controles, el escaso espacio de tiempo para la realización y su semejanza con lo controles de los organismos de control de la producción ecológica.

La teledetección supone que el control se hace sobre la interpretación de una fotografía obtenida por satélite. Los controles por teledetección se consideran a todos los efectos controles sobre el terreno y deben cumplir los mismos criterios que las inspecciones de campo clásicas. Los controles por teledetección serán realizados por una empresa contratista siguiendo las prescripciones establecidas en el Documento de Especificaciones Técnicas de la Comisión Europea para 2011, JRC IPSC/G03/P/HKE/hke D (2010) (12281) de 15/11/2010. La teledetección supone no ya que intervenga personal laboral, sino que directamente se externalice la función pues es necesario contratar a satélites y empresas que realizan la teledetección²¹. En la actualidad es la co-

²¹ Reproducimos a continuación el documento del FEGA ” FINALIZACIÓN DE LOS CONTROLES ASISTIDOS POR TELEDETECCIÓN (CAMPAÑA 2012)” donde se explica detalladamente como ha funcionado el sistema en la última campaña. “Desde 1993, el Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA) y las Comunidades Autónomas, vienen trabajando conjuntamente en la realización de los controles por Teledetección previstos en el Sistema Integrado de Gestión y Control establecido en los Reglamentos Comunitarios, con el fin de garantizar que las ayudas por superficie que recibe el sector agrario español,

en aplicación de la PAC, lleguen a los destinatarios que cumplen con la normativa y en los plazos establecidos. El año 2012, los 17 organismos pagadores de España, coordinados por el FEGA, han efectuado las tareas correspondientes enmarcadas en el mencionado objetivo El control asistido por teledetección constituye un instrumento moderno y preciso para determinar las superficies que tienen derecho a ayuda. Su empleo ha sido reconocido y autorizado por la Comisión Europea que ha

misión la que contrata a una constelación de satélites de diversas empresas americanas y japonesas, y los diversos estados contribuyen a la financiación de este sistema. Esto pone de manifiesto que si parte del control de campo puede hacerse por satélite y por empresas privadas es porque no se trata de participación en el ejercicio de la potestad administrativa sino de una labor previa de apoyo y colaboración. Para aquellos casos en que no es posible comprobar la realidad mediante una fotografía por satélite se acerca el objetivo, si se me permite decirlo, siendo materialmente una persona física quien se encarga de la tomar la foto que el satélite no puede pero sin que se altere el carácter meramente técnico y material de esta labor. Es evidente que ese control clásico que sustituye o complementa a la teledetección comparte la misma naturaleza de este por eso se utilizan como sustitutivos y complementos uno del otro. Son labores meramente técnicas.

Además estos controles no pueden considerarse como una obligación jurídica sino como una carga, sólo se está sometido a los mismos si el agricultor solicita voluntariamente que se le otorgue una subvención en materia PAC, y en

equiparado esta metodología a los controles de campo ó clásicos. Estos últimos controles continúan llevándose a cabo, pero en unas proporciones apreciablemente menores, en cuanto a superficies estudiadas y solicitudes analizadas. Las tecnologías basadas en las imágenes enviadas a la tierra por los

numerosos satélites que la observan, se perfeccionan cada año. A través de ellas, de las especificaciones técnicas basadas en la documentación elaborada por la Unidad de Apoyo con la que cuenta la Comisión Europea (JRC), y de los trabajos descritos en esta nota, se garantiza un eficaz y correcto reparto de los fondos europeos a los beneficiarios. Los compromisos que adquieren las Administraciones se recogen en los oportunos Convenios de Colaboración, y la ejecución de las tareas se encarga a una empresa especializada. Los trabajos de esta empresa son supervisados y auditados por las Administraciones españolas y la propia Comisión. En este tipo de controles se utilizan, cada año, imágenes multispectrales y pancromáticas de distintos satélites (RapidEye, IRS LISS, Spot, Quickbird, GeoEye y World View) que captan las distintas fases del periodo vegetativo de los cultivos. Como novedad para la campaña 2012, el JRC ofreció el uso de constelaciones, es decir, cada empresa distribuidora de imagen tiene una constelación compuesta por varios satélites, actuando a plena capacidad desde la apertura de ventana. Esta opción tiene como objetivo reducir la multitemporalidad y aumentar las posibilidades de captura de las imágenes de muy alta resolución VHR y se diferencia de la opción autobackup, propuesta en 2011, en que ambos satélites comienzan a actuar desde la apertura de ventana y no únicamente si la toma de imagen se ve comprometida. Para ello, cada proveedor de imágenes VHR cuenta con más de un

satélite para proporcionar imágenes: • GEOEYE INC cuenta con GeoEye-1 e Ikonos • EUROPEAN SPACE IMAGING cuenta con Quickbird y WorldView-2 Debido a que la resolución de Ikonos no se considera suficiente para el programa del Control por Teledetección, se asignó a todas las zonas la constelación Quickbird/WorldView-2. El uso en gabinete de esta información se completa con visitas a campo. Ambas actividades pretenden contrastar la realidad del terreno con los datos declarados por los beneficiarios de las ayudas. En 2012 se han utilizado imágenes de alta resolución (HR) en número de 66 y de muy alta resolución (VHR) en número de 241. Las zonas controladas este año han sido 22, en 11 Comunidades Autónomas, con superficies de: 8 zonas de 20x20 Km., 7 zonas de 30x30 Km y 7 zonas de 40x50 Km. La superficie total comprendida en todas las zonas ha resultado ser 2.350.000 ha., situadas en 717 municipios y 7.690 polígonos catastrales. Las comunidades autónomas que participan en este proyecto han sido: Andalucía, Aragón, Castilla y León, Castilla La Mancha, Cataluña, Extremadura, Madrid, Murcia, La Rioja, País Vasco y Comunidad Valenciana.”

caso de que no quiera pasar el control y se niega no se prevé sanción alguna, simplemente se entiende que quien no se somete a los controles renuncia a la subvención. (art. 23.2 del Reglamento 796/2004). Por otra parte la no realización de los mismos en el tiempo definido se traducen en importantes consecuencias negativas para el Estado incumplidor. Otro elemento a tener en cuenta es que los controles deben hacerse en un reducido lapso de tiempo, el año natural y que se exige un porcentaje mínimo de controles que da lugar a que estos sean muy numerosos como ya se expuso más atrás. Finalmente resulta también ilustrativo conocer el tipo de compromisos agroambientales que han de cumplir los solicitantes y controlarse porque ello pone de manifiesto su similitud con los supuestos como los de la Inspecciones Técnicas de Vehículos y sobre todo con los Organismos de Control Autorizado de la Producción Ecológica, respecto de los que como vimos el TSJUE entiende que la primera fase de control (equiparable al “control sobre el terreno”) no supone ejercicio de potestad. A estos efectos nos remitimos a las circulares FEGA donde se detallan tales compromisos.

9. Conclusión a la vista de la normativa.

A la vista de la normativa citada se puede concluir que la labor que realizan los controladores de campo en la primera fase del control es una actuación puramente técnica, se limita a recoger una serie de datos fácticos percibidos directamente por los agentes que realizan el control que están dotados de objetividad y de cualificación técnica y experiencia en la materia. No gozan de discrecionalidad para realizar el control, pues no sólo es que el modo de realizarlo esté regulado, es que los elementos que van a ser objeto de control están definidos y perfectamente enumerados en el anexo del Plan Andaluz de Controles. Es decir que el técnico acude porque recibe la correspondiente orden de servicio desde la Consejería y se limita a emitir y reflejar su juicio técnico sobre los elementos definidos en el modelo. El informe se elabora posteriormente en gabinete, tal y como recoge el Plan Nacional, y ahí ya se produce la intervención de un funcionario, que con los datos fácticos recogidos en el modelo de acta elabora el informe. No se realizan las visitas a las fincas, por iniciativa de los agentes, sino por iniciativa de la Consejería, acordada por el Inspector y recogida en el plan de inspección correspondiente, en los términos señalados en la Orden citada. Es decir que para realizar el control el agente de campo no realiza actuación jurídica alguna por cuanto se limita a ejecutar la orden de servicio siguiendo las instrucciones de la Consejería, y sobre el terreno se limita a recoger unos hechos cuya apreciación necesitan de una cierta cualificación técnica. Por último el acta no inicia procedimiento administrativo alguno pues como señala el artículo 9.4 de la Orden de 22 de junio de 2009

esto queda diferido al informe de control, cuando se señala que: *“En el caso en que se concluya la existencia de incumplimiento, la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera, acordará la iniciación del correspondiente procedimiento, dando traslado del contenido de dicho informe a la persona interesada y concediendo un plazo de audiencia conforme a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”*

En resumen la legislación viene a confirmar que el control de campo que se refleja en el documento “acta de control” es una actividad técnica de recogida de datos preparatoria para la realización del posterior informe que es donde se contienen valoraciones jurídicas y donde se ejercen potestades. Queda claro la necesidad de una importante cualificación y experiencia, el elevadísimo número de controles a realizar y la nula discrecionalidad jurídica de los controladores cuya labor está tasada y se realiza en base a moldes previos. Igualmente queda claro que la Administración a través de funcionarios queda con la dirección y control del control de campo y con el poder de decisión en todo lo referente a la inspección que se plasma en el informe. No sólo esto sino que además del ejercicio de esta función en todos y cada uno de los controles, realiza procedimientos genéricos para asegurar la calidad de los controles.

10. Aplicación de esta doctrina a la potestad subvencionadora.

Por lo expuesto entendemos que los controles de campo no suponen ejercicio de potestades administrativas. La sentencia comentada habla de que al tratarse de un control de una subvención estamos ante una potestad pública como si no cupiera en esta materia labores de apoyo o colaboración. El hecho de que se dé esta actuación en materia de subvenciones no puede llevarnos a la conclusión de que en esta materia sí que suponen ejercicio de autoridad. Para ellos hay varios argumentos: el primero hace referencia a que la doctrina del TSJUE, arriba citada, aclara que en ningún caso la excepción del ejercicio directo o indirecto de poder público puede aplicarse lisa y llanamente a todo un sector de actividad, sino que hay que analizar de manera separada las funciones que en esa actividad se dan. Por tanto aunque otorgar o reintegrar subvenciones es una manifestación de potestad no puede entenderse incluida la realización de una actividad puramente material como es la recogida de datos técnicos. Como segundo argumento hay que hacer referencia a la jurisprudencia de este Tribunal que excluye del ámbito del concepto de poder público las actuaciones que llevan a cabo los organismos de control de la producción agrícola ecológica y ello a pesar de que estos organismos no se limitan a recogida de datos sino que incluso, deciden certificar o no la producción y pueden prohibir la utilización de distintivos. Y en consecuencia si no se es-

tá certificado no se puede acceder a las subvenciones para este tipo de producción. En tercer lugar hay que aludir al hecho de que incluso los particulares puedan realizar estas labores lo que confirma que no estamos ante un ejercicio de potestad pública. Así no puede olvidarse que a través del control de condicionalidad se verifican los requisitos y condiciones necesarias para poder ser beneficiarios de las ayudas de la PAC. Pues bien, en nuestro ordenamiento jurídico la verificación de los requisitos necesarios para poder recibir ayudas no está reservada a los funcionarios públicos. En efecto, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, establece como una de las obligaciones de las entidades colaboradoras la de “comprobar, en su caso, el cumplimiento y efectividad de las condiciones o requisitos determinantes para su otorgamiento, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención” (artículo 15.1.b). De este modo, si una entidad colaboradora, que puede ser una persona jurídica privada donde no existan funcionarios (art. 12. 2 de la LGS), puede comprobar el cumplimiento y efectividad de las condiciones o requisitos determinantes del otorgamiento de una subvención, no vemos razón jurídica alguna que impida que esa misma comprobación la realice la propia Administración a través de su personal laboral que tenga la suficiente cualificación al efecto.

El fundamento de esta práctica es la necesidad de realizar un elevadísimo número de controles en escaso tiempo, que exigen una cualificación especializada y en constante avance, lo que dificulta la realización por personal funcionario. Además la no realización de estos controles en el periodo de tiempo señalado por la normativa comunitaria, la realización defectuosa, o anulada en vía jurisdiccional tiene importantes y negativas consecuencias puesto que supone la detración de fondos europeos tal y como expresamos anteriormente.

Por otro parte desde el punto de vista interpretativo hay que tener presente toda una serie de supuestos en que incluso empresas privadas ejercen funciones muy parecidas, y a veces incluso más cercanas al ejercicio de potestades. En este sentido señalemos que el ordenamiento español permite la realización de labores en que si que se afectan de manera directa los derechos de los ciudadanos, y tienen razones similares se trata de toda la normativa referente a los Organismos de Control Autorizados. A título de ejemplo los organismos de control de la calidad y la seguridad industrial, profusamente estudiados por CANALS Y AMETLLER y CARRILLO DONAIRE en las obras antes citadas. Todas estos órganos comparten la existencia de un sector de actividad muy amplio que ha de ser controlado, que ese control requiere una formación técnica especializada y en desarrollo que hace inviable su asunción por personal funcional, que el sometimiento a estos controles no es tanto un deber como una carga para el ejercicio

de un determinado derecho. Estos controles se realizan por entidades públicas o privadas, y establecen una serie de precauciones mínimas en garantía de la objetividad y eficiencia de sus controles, tales como número mínimo de personal, independencia de las empresas o personas controladas, medios técnicos y personales con la cualificación y el número necesario, pero por supuesto son realizados por personal en régimen laboral, y ni siquiera se exige que este tenga una relación de trabajo indefinida. Esas entidades, como por ejemplo las ITV, ejercen la potestad certificante. Haciendo uso del artículo 3.1 del Código Civil cuando ordena interpretar las leyes de acuerdo con la realidad social del momento habría que decir que en la realidad social actual está más que asumido el ejercicio de potestades por entidades privadas, y ello debe ser un parámetro a tener en cuenta al enjuiciar la actuación de la Administración a través de personal laboral. Por tanto en este caso en que estamos ante una carga a la que se somete voluntariamente quien desea obtener una subvención en materia de PAC, que el número de controles es muy elevado, que han de realizarse en un escaso lapso de tiempo (en el mismo año natural de la solicitud) que la especial formación del personal que debe realizarlos y el gran volumen de personal necesarios hacen inasumible su práctica por personal funcionario, que se realiza el control por un personal cualificado, al servicio de una empresa pública, con experiencia y formación en la materia, en este caso repetimos, todas estas circunstancias han de ponderarse como criterio para interpretar que la labor que realizan los controladores sobre el terreno no participa de la potestad pública sino que es previa de apoyo y colaboración²², y en definitiva plenamente válida, con lo que pasamos a estudiar su valor probatorio.

V. VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE CONTROL

Dado que como hemos dicho el control sobre el terreno no debió declararse nulo la pregunta que queda por responder es que valor hay que atribuir al mismo. Tradicionalmente se habla de la presunción de veracidad de la que gozan los hechos que ha percibido directamente un funcionario público y que se han recogido en un acta, siguiendo lo dispuesto en el artículo 137.2 de la Ley 30/1992. Y ello a pesar de que dicho artículo se haya en sede de principios de

²² Todo lo cual se dice sin perjuicio de que en determinados casos este personal laboral puede ejercer potestades administrativas de manera transitoria. *En este sentido señala el EBEP: "Disposición Transitoria Segunda. Personal Laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario. El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos."*

procedimiento administrativo sancionador y por tanto en principio no se entendería a otro tipo de intervenciones administrativas. Sin embargo hay que poner en su justa medida el alcance de dicha presunción. En este sentido resulta expresiva la opinión de S. FERNÁNDEZ RAMOS²³ “el fundamento del valor probatorio de las actuaciones inspectoras no estriba tanto en la presunción de veracidad del acta de inspección como documento público, como en el hecho de que tale actas incorporen una actividad probatoria desarrollada, con respeto a las garantías legales, por personal cualificado e imparcial, cualidades estas que puede satisfacer también una entidad colaboradora”. En efecto la presunción de veracidad de las actas en definitiva no es sino una inversión de la carga de la prueba sometida a condiciones. En primer lugar está condicionada a que se haga en determinadas circunstancias que garantizan un cierto nivel de veracidad y objetividad, de tal modo que si no se cumplen esos mínimos no produce tal efecto. En segundo lugar aún cuando el efecto se produzca nada impide que la otra parte aporte en el procedimiento judicial, e incluso en el administrativo, otras pruebas que han de ser valoradas y que pueden tener mejor acogida (piénsese en un acta sobre el estado de un edificio, que se dice que está derruido, frente a una fotografía acredita que está en pie). En definitiva lo importante no es tanto que se elabore por un funcionario como que la prueba tenga calidad suficiente para acreditar los hechos que pretende fundar. La calidad de la prueba se da por sus condiciones intrínsecas en relación al hecho y las condiciones en que se realiza y documenta. También influye desde luego el sujeto que las realiza tanto porque puede ser necesario tener una determinada formación y/o experiencia, como porque en determinados casos hay más garantías de objetividad. A este último respecto hay que señalar que el personal laboral de las empresas y agencias públicas se encuentra en una situación de neutralidad respecto al hecho, no tiene interés personal, además la obligación de objetividad no sólo pesa sobre los funcionarios, sino también sobre el laboral ex artículo 52 del EBEP por lo que parece que el acta del control debe ser considerada como una prueba de calidad²⁴. Otras diferencias que habían llevado a dotar de mayores garantías la intervención del funcionario también se están diluyendo en la medida que el personal laboral se somete en

²³ S. FERNÁNDEZ RAMOS en “La actividad Administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora” Granada, Comares 2002, página 563.

²⁴ CANALS Y AMETLLER en la obra antes citada, página 322, o REVUELTA PÉREZ en “Las nuevas tendencias en la inspección ambiental de las actividades industriales” Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente, número 185, abril-mayo 2011, páginas 111 a 156, especialmente página 150, entienden que los documentos elaborados por los Organismos de Control Autorizado, cuyo personal es laboral (incluso de empresas privadas) tienen el mismo valor probatorio que si se hubiera levantado por funcionario. J.A. CARRILLO DONAIRE, en el “Derecho de la Seguridad y la Calidad Industrial”, Marcial Pons, 2000, página

su ingreso a principios de capacidad, mérito y publicidad, con carácter general, y aunque no existe el principio de inamovilidad, la experiencia demuestra que su posición real es prácticamente equiparable.

Expresiones del valor que corresponde a documentos elaborados por personal laboral se pueden hallar en la jurisprudencia: Así el TS de 17 de julio de 1995 en relación a las actas de inspección de un instalador autorizado en materia eléctrica que señala que “es patente que no puede hablarse en el presente caso de documento privado”. La Sentencia del TSJ de Cataluña en Sentencia número 66, de 29 de enero de 1998 que en relación a las actuaciones de Entidades Privadas Colaboradoras señala que “...los datos de hecho obtenidos en las inspecciones y resultados de la medidas de emisión de contaminantes obtenidos por dichos organismos no gozan de presunción de certeza, pero sí que ofrecen, por la cualificación técnica de quienes lo emiten y la objetividad que deben seguir en su actuación, garantías suficientes como para que puedan valorarse por los Tribunales como medios de prueba cuya destrucción requiere, bien demostrar irregularidades en la obtención y valoración de los datos, bien la aportación de pruebas que por contraste con aquellas, pongan en duda su eficacia.”. La de TSJA, Granada en sentencia 607/2011 de cuatro de abril de 2011 donde se señala, para un caso como este de control de subvenciones de la PAC, que la actividad probatoria del recurrente no desvirtúa lo recogido en el informe. La abundante jurisprudencia que sobre el tema de los agentes de la ORA existe, ejemplo la STSJ Murcia 470/2000 de 17 de mayo²⁵. En idéntico sentido la 778/1999 de 30 de sep-

637, donde considera que las actas de inspección de los Organismos de Control tienen valor oficial y las considera documento público

²⁵ “Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, es evidente que no se da la nulidad de pleno derecho alegada por el actor (art. 62 de la Ley 30/1992), pues no puede considerarse vulnerado el principio de presunción de inocencia (art. 24 CE [RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875]) que el mismo considera infringido. El principio de presunción de inocencia significa que el ciudadano no puede ser considerado responsable de una infracción administrativa hasta que haya concluido el expediente con una resolución sancionadora, y materialmente que la Administración no puede sancionar sin pruebas, de modo que ha de probar los hechos que imputa al presunto culpable y ha de realizar una prueba de cargo capaz de destruir dicha presunción, no gozando de ninguna facultad discrecional en la evaluación y valoración de las pruebas, en la expresión del juicio de certeza, que motive una resolución sancionadora para ser conforme a Derecho. Por lo tanto para sancionar es preciso que la Administración practique las suficientes pruebas de cargo para desvirtuar dicho principio... Como ha señalado esta Sección en su sentencia 1014/1993, de 27 de diciembre (reiterada por otras muchas posteriores como las 273/1996, de 9 de mayo; 273/1996, de 9 de mayo; 316/1996, de 22 de mayo y 829/1997, de 9 de diciembre), el art. 75.1 LSV permite incoar el procedimiento sancionador «mediante denuncia que podrá formular cualquier persona», y el art. 80 de la nueva LRJ-PAC, dice: «Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba. **Se desprende de ello que el testimonio de un particular, como es el controlador de la ORA, es una**

tiembre. Añadir resolución Tribunal Administrativo de Navarra, de 29 de Agosto de 2011²⁶.

En definitiva siguiendo esta doctrina el control debe tener una especial consideración como prueba emanada de un empleado público, con formación y experiencia, sometido al deber de objetividad.

prueba legítima, que en principio, aunque no goce de la presunción de veracidad reconocida a las denuncias de las Autoridades y sus Agentes (art. 76 LSV), puede tener eficacia probatoria en el caso de ser ratificada en el procedimiento sancionador, sobre todo cuando la otra parte no prueba hechos que por ser contradictorios con los denunciados, pongan de manifiesto la imposibilidad o improbabilidad de estos últimos (sentido en el que se pronunciaba la Sala en su sentencia núm. 934/1993, de 1 de diciembre). En sentido análogo se ha manifestado la jurisprudencia al señalar, después de indicar que corresponde a los Ayuntamientos la ordenación del tráfico y aparcamiento de vehículos en las vías urbanas, para llevar a debido efecto y cumplimiento lo reglamentado municipalmente en cuanto a dicha cuestión, y sancionar, si a ello hubiere lugar, las infracciones de dicha reglamentación cometidas, que solamente tienen el carácter de Agentes de la Autoridad los miembros de la Policía Local, de obligada existencia en los municipios con población superior a 5.000 habitantes, y que únicamente se permite la existencia de auxiliares de la citada Policía Local donde no exista ésta, según al efecto establece la Disposición Transitoria 4.ª del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (RCL 1986, 1238, 2271 y 3551), por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local. De lo expuesto se infiere que los empleados de la empresa Construcciones y Contratas, SA, a la que el Ayuntamiento de Gijón tiene asignada la regulación del aparcamiento vigilado en determinadas zonas de la denominada ORA y, en general, los controladores o vigilantes de dichas zonas en otros municipios donde exista implantado dicho régimen de estacionamiento de vehículos, no tienen la consideración de Agentes de la Autoridad, salvo cuando sean miembros de la Policía Local, ni tampoco pueden tener la cualidad de auxiliares de ésta, al sólo poder existir tales auxiliares en Municipios de menos de 5.000 habitantes donde no exista dicha Policía Local (SSTS de 21 de septiembre [R] 1990, 7283) y 25 de octubre de 1990). Esta es, además, la doctrina ya establecida por este Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de octubre de 1991 (R] 1991, 7639), en la que se sienta de forma clara y explícita la negación de la consideración de Agentes de la Autoridad a los aludidos controladores o vigilantes de la denominada ORA, y por ello, como se añade en la precitada sentencia, «su simple denuncia equivale a la denuncia de un particular, y al no ser averada por pruebas posteriores, no tienen fuerza suficiente para acreditar los hechos denunciados» (STS 3.ª Pleno, de 23-11-1993 [R] 1993, 8883)]. Por tanto solamente en los expedientes en los que el controlador ha ratificado expresamente su denuncia haciendo constar su nombre y apellidos, cabe considerar su declaración como prueba testimonial, a los efectos de valorarla conjuntamente con las demás pruebas practicadas para decidir si ha sido desvirtuado o no el principio de presunción de inocencia referido, siendo importante examinar, a tales efectos, si el recurrente ha probado hechos que por ser contradictorios con los denunciados, pongan de manifiesto la imposibilidad o improbabilidad de estos últimos. En el presente caso lo actuado en los expedientes y en este proceso, conduce a la Sala a considerar a la demandante responsable de las infracciones sancionadas, ya que está probada la realidad de los distintos hechos imputados, por la comunicación del propietario del vehículo manifestando que era ella la que conducía el vehículo los días en que los mismos sucedieron, así como por las denuncias formuladas por los controladores de la ORA, debidamente ratificadas en cada uno de los procedimientos sancionadores y en definitiva por el hecho de no haber contradicho eficazmente, proponiendo la práctica de las pruebas pertinentes, tales hechos, probando haber colocado en lugar visible el ticket o distintivo, tener autorización para aparcar en la zona reservada a residentes, no haber rebasado el tiempo establecido en el ticket, no carecer de ticket o en definitiva no haber utilizado el vehículo dichos días o haberlo estacionado en lugar distinto al indicado por el Controlador, etc.

²⁶ «Ante esta contradicción de los hechos, hemos de proceder a la valoración de las pruebas obrantes en el expediente. El Ayuntamiento basa sus afirmaciones en el informe de inspección de fecha 29 de abril, acompañado de informe fotográfico refiriéndose a unos hechos comprobados «in situ» el 27 de abril por personal del Ayuntamiento. El recurrente no presenta prueba alguna que avale sus afirmaciones al respecto. Pues bien, la cuestión planteada no presenta dificultad alguna de valoración dado que, a pesar de que pudieran existir dudas de que la prueba en que se basa el Ayuntamiento pudiera calificarse como Ac-

VI. BIBLIOGRAFÍA

BUENO ARMIJO. El Reintegro de Subvenciones de la Unión Europea. Especial Referencia a las ayudas de la Política Agraria Común, editado por el IAAP, Sevilla 2011.

CANALS y AMETLLER en El ejercicio de funciones de autoridad, control, inspección y certificación, Comares Granada, 2003.

CANTERO MARTÍNEZ, Comunicación “A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo” presentada en el XVIII Congreso Italo-spagonlo de profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Bolonia los días 27, 28 y 29 de mayo de 2010 y en “Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcionarial” (Ponencia presentada al VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, Vitoria 9 al 11 de junio de 2010).

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS en “El papel del funcionario y el laboral en el nuevo diseño de la Administración Pública”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 11/2011.

J.A. CARRILLO DONAIRE, en el “Derecho de la Seguridad y la Calidad Industrial”, Marcial Pons, 2000.

FERNÁNDEZ RAMOS “ La actividad Administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora” Granada, Comares 2002.

ORTIZ MALLOL, De potestades, funcionarios y labores portuarias ponencia presentada a las VIII Jornadas de Derecho Portuario organizadas por la Autoridad Portuaria del Puerto de Sevilla, en octubre de 2012.

ta propiamente dicha y gozar así de la presunción de veracidad «ex» artículo 137.3 de la LRJ-PAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), lo cierto es que sí constituye un informe redactado dos días después a la inspección, pero acompañado de informe fotográfico que acredita las afirmaciones realizadas en el informe. Y en este sentido, ante la contradicción en el relato de los hechos de las partes y la ausencia de prueba de la parte recurrente, resulta evidente que ha de darse mayor valor a lo afirmado por el Ayuntamiento apoyándonos en la STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 1992, 3790) en la que se señala que « debe darse prevalencia a lo afirmado por el representante de la Administración en el informe, al que cabe atribuir cierto valor probatorio, según la jurisprudencia mayoritaria, en su consideración de testimonio emitido por escrito y en función de la presumible objetividad del actuar de la Administración Pública y de sus agentes»

REVUELTA PÉREZ en “Las nuevas tendencias en la inspección ambiental de las actividades industriales” Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente, número 185, abril-mayo 2011

SÁNCHEZ MORÓN, Comentarios la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público de la Editorial Lex Nova, 1º Edición julio de 2007.

SEMPERE NAVARRO y HIERRO HIERRO, comentario del artículo 57 del EBEP en los “Comentarios a la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Editorial Aranzadi, primera edición 2008.