

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

■ 86/2013

Mayo-Agosto

ESTUDIOS

Jorge Agudo González

Función pública y servicio público: Análisis desde la perspectiva de la legislación en materia de protección civil

M^a Dolores Rego Blanco

Derecho sancionador y patrimonio público: Estudio comparado de los ámbitos estatal y andaluz (autonómico y local)

Irene Araguàs Galcerà

La configuración de los Colegios Profesionales como entidades de mediación

Julián Alonso García

Las cargas arqueológicas sobre inmuebles privados: carencia de un régimen sistemático para la imposición de obligaciones y su compensación

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

El renacimiento de la desviación de poder

Alfonso Pérez Moreno

Planteamiento por la Audiencia Nacional de cuestión de inconstitucionalidad contra la imposición de tasas judiciales en la jurisdicción contencioso-administrativa

Mercedes Izquierdo Barragán

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

La cuestión territorial en el debate de investidura de la Presidenta de la Junta

Manuel Medina Guerrero

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Los contratos de investigación y desarrollo en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: La STS de 21 de enero de 2013 y otras confirmatorias de algunos aspectos de la política de agencias de la Junta de Andalucía

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

BIBLIOGRAFÍA



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 86

Mayo-Agosto 2013

Revista cuatrimestral, esencialmente jurídica, cuyo objeto es la investigación, análisis y divulgación de las fuentes y actividades jurídicas relativas a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, ello sin exclusión de estudios o documentaciones referidas a otros poderes, instituciones o problemas de la propia Comunidad Autónoma u otras Administraciones Públicas por su incidencia en el ámbito de intereses de la Junta de Andalucía.

La Revista carece de adscripción ideológica o política determinada persiguiendo exclusivamente poner sus contenidos científicos, de modo objetivo e imparcial, al servicio de los intereses generales de Andalucía, respondiendo a su esencial caracterización de Revista científica, universitaria, libre y pluralista.



UNIVERSIDAD DE SEVILLA
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo Asesor

MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO. *Catedrático de Derecho Administrativo. (Presidente)*
Becerra Bermejo, María Concepción. *Directora del Instituto Andaluz de Administración Pública. Junta de Andalucía.*
Cámara Villar, Gregorio. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.*
Castilla Guerra, María Teresa. *Directora General de Planificación y Organización de los Servicios Públicos. Junta de Andalucía.*
Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Flores Domínguez, Luis Enrique. *Secretario del Ayuntamiento de Sevilla.*
García León, Manuel. *Vicerrector de Investigación. Universidad de Sevilla.*
Gutiérrez Colomina, Venancio. *Secretario del Ayuntamiento de Málaga.*
Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, Antonio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Politécnica de Madrid.*
Jiménez López, Jesús. *Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.*
Maíllo Cañadas, Antonio. *Director General de Administración Local. Junta de Andalucía.*
Mayo López, M^a Isabel. *Directora General de Recursos Humanos y Función Pública. Junta de Andalucía.*
Moreno Andrade, Antonio. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Ortiz Díaz, José. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Pérez Moreno, Alfonso. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Puyá Jiménez, Rafael. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Vallés Ferrer, José. *Catedrático de Política Económica. Universidad de Sevilla.*
Viboras Jiménez, José Antonio. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*

Director:

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Secretaría:

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Consejo de Redacción:

Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Profesor Titular de Derecho Administrativo (acreditado como Catedrático) Universidad Loyola Andalucía.*
Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Escribano López, Francisco. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Sevilla.*
Jordano Fraga, Jesús. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
López González, José Ignacio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
Medina Guerrero, Manuel. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla.*
Millán Moro, Lucía. *Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide.*
Morillo-Velarde Pérez, José I. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
Rebollo Puig, Manuel. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba.*
Rivero Ysern, José Luis. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Vera Jurado, Diego. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*

Secretaría de Redacción:

Facultad de Derecho. Campus Ramón y Cajal C/ Enramadilla, 18 -20. 41018 Sevilla
Tlf.: (95) 455 12 26. Fax: (95) 4557899

Realización:

Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de publicaciones en materias
de Administración Públicas

ISSN: 1130-376X- Depósito Legal: SE-812-1990

Talleres: Tecnographic, S.L. Sevilla

Suscripción anual (3 números): 36 euros. (IVA incluido)

Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública

Servicio de Documentación y Publicaciones

Avda. Ramón y Cajal nº 35

41071 SEVILLA

Tlf.: 95 504 24 00 - Fax: 95 504 24 17

www: juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es



ESTUDIOS

- Jorge Agudo González*
- Función pública y servicio público: Análisis desde la perspectiva de la legislación en materia de protección civil 13
- M^a Dolores Rego Blanco*
- Derecho sancionador y patrimonio público: Estudio comparado de los ámbitos estatal y andaluz (autonómico y local) 49
- Irene Araguàs Galcerà*
- La configuración de los Colegios Profesionales como entidades de mediación 95
- Julián Alonso García*
- Las cargas arqueológicas sobre inmuebles privados: carencia de un régimen sistemático para la imposición de obligaciones y su compensación 139
-

JURISPRUDENCIA

- COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA
- El renacimiento de la desviación de poder
(Alfonso Pérez Moreno) 193
- Planteamiento por la Audiencia Nacional de cuestión de inconstitucionalidad contra la imposición de tasas judiciales en la jurisdicción contencioso-administrativa
(Mercedes Izquierdo Barragán) 225
- NOTAS DE JURISPRUDENCIA
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- I. Constitución.- II. Derechos y Libertades.- III. Principios Jurídicos Básicos.- IV. Instituciones de Estado.- V. Fuentes.- VI. Organización Territorial del Estado.- VII. Economía y Hacienda.-
(Francisco Escribano López) 243

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

I. Acto Administrativo.- II. Administración Local.- III. Administración Pública.- IV. Bienes Públicos.- V. Comunidades Autónomas.- VI. Contratos.- VII. Corporaciones de Derecho Público.- VIII. Cultura, Educación, Patrimonio Histórico.- IX. Derecho Administrativo Económico.- X. Derecho Administrativo Sancionador.- XI. Derechos Fundamentales y Libertades.- XII. Expropiación Forzosa.- XIII. Fuentes.- XIV. Hacienda Pública.- XV. Jurisdicción Contencioso- Administrativa.- XVI. Medio Ambiente.- XVII. Organización.- XVIII. Personal.- XIX. Procedimiento Administrativo.- XX. Responsabilidad.- XXI. Salud y Servicios Sociales.- XXII. Urbanismo y Vivienda.- Tribunal Supremo <i>(José I. López González)</i>	265
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía <i>(José L. Rivero Ysern)</i>	287

CRÓNICA PARLAMENTARIA

La cuestión territorial en el debate de investidura de la Presidenta de la Junta <i>(Manuel Medina Guerrero)</i>	305
--	-----

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Los contratos de investigación y desarrollo en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público <i>(Manuel Mesa Vila)</i>	317
---	-----

RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña de disposiciones de las Unión Europea. <i>(Lucía Millán Moro)</i>	331
Crónica normativa de la Junta de Andalucía. <i>(Juan Antonio Carrillo Donaire)</i>	375
Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica. <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	385

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: La STS de 21 de enero de 2013 y otras confirmatorias de algunos aspectos de la política de agencias de la Junta de Andalucía <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	391
--	-----

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

<i>(Jesús Jordano Fraga)</i>	399
------------------------------	-----

RECENSIONES

QUINTANA LÓPEZ, Tomás. *Concesión de minas y protección del medio ambiente, Tirant lo Blanch*, Valencia 2013, 253 págs. 411
(Encarnación Montoya Martín)

VV.AA., ALENZA GARCIA, J.F. (Coord.), *El Derecho contra el Ruido*, Universidad Pública de Navarra, Civitas-Thosom Reuter, Cizur Menor, Navarra, 2013, 495 pgs. 419
(Jesús Jordano Fraga)

CAMPILLO ALHAMA, C., *Comunicación Pública y Gestión Estratégica Municipal. Un estudio exploratorio sobre la agenda temática*. Instituto Andaluz de Administración Pública. Colección Premios Blas Infante, Sevilla 2011, 411 págs. 423
(Antonio M^a Bueno Armijo)

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFIA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO 431
(Javier E. Quesada Lumbreras)

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. TEMAS DE INTERÉS PARA LA REVISTA

La *Revista Andaluza de Administración Pública* publica trabajos originales sobre Derecho Administrativo y Administración Pública, dispensando especial atención a los que puedan resultar de interés para el conocimiento del Derecho y de las instituciones autonómicas.

2. ENVÍO DE ORIGINALES

Los trabajos deberán ser originales e inéditos. Se enviarán por correo electrónico a las direcciones raap@us.es o barrero@us.es o en papel, acompañados, en todo caso, de soporte electrónico a la Secretaria de la Revista, Facultad de Derecho, Avda. Enramadilla, 18-20, 41018. Sevilla.

3. NORMAS DE EDICIÓN

a) Formato. Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, normal, tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie de página. Su extensión total no deberá superar las 40 páginas.

La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica o profesional, direcciones de correo electrónico y ordinario y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, uno en español y otro en inglés, de unas 120 palabras cada uno. Igualmente deberá contener palabras claves –de 3 a 5– en cada idioma.

Los originales deberán incluir al principio un Sumario según el siguiente modelo que es el que ha de seguirse, además, en los distintos epígrafes del texto:

I. EPÍGRAFE DE PRIMER NIVEL. MAYÚSCULAS PRECEDIDAS DE NÚMERO ROMANO

1. Epígrafe de segundo nivel, en negrillas.

B. Epígrafe de tercer nivel, en letra normal.

a). *Epígrafe de cuarto nivel. Cursivas.*

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, a espacio sencillo. Serán numeradas mediante caracteres arábigos, en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se redactarán de forma abreviada. Ejemplo: MORELL OCAÑA, Luis (2003): 87.

c) Bibliografía. Las referencias bibliográficas irán al final y se limitarán a las obras citadas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido del autor, en mayúsculas, bajo el título “Bibliografía”.

4. PROCESO DE PUBLICACIÓN

La *Revista Andaluza de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos, una vez que hayan sido informados por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, aplicándose el método ciego.

Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 8 días. En caso contrario podrá determinarse su publicación sin más, o la no publicación. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando limitados a la corrección de errores.

5. COPYRIGHT

El autor o los autores ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.

ESTUDIOS



Función pública y servicio público: análisis desde la perspectiva de la legislación en materia de protección civil

Jorge Agudo González

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. LA EQUÍVOCA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA PROTECCIÓN CIVIL COMO SERVICIO PÚBLICO. 1.1. Repaso de la regulación estatal en la materia. 1.1.1. Referencia previa a los precedentes normativos en la materia. 1.1.2. La vigente Ley 2/1985, de 21 de enero. 1.2. La legislación autonómica y los nuevos Estatutos de Autonomía. 2. SERVICIO PÚBLICO *VERSUS* FUNCIÓN PÚBLICA. 2.1. La protección civil no es un servicio público. Análisis retrospectivo y a la vista de la evolución del concepto. 2.3. La protección civil es también una función pública caracterizada por el ejercicio de competencias y facultades específicas. 3. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La declaración del art. 1.2 de la Ley 2/1985 de Protección Civil, en virtud de la cual se considera a la materia protección civil como un servicio público, es un buen ejemplo de una equívoca utilización de las categorías jurídicas. En este estudio se ponen de relieve no sólo cuáles pudieron ser los motivos que dieron lugar a tan criticable declaración legal, sino también las razones de porque esa declaración no encaja adecuadamente con un análisis evolutivo de esta categoría jurídica. En la parte propositiva del estudio se aboga por considerar a la protección civil como una competencia compartida y multifuncional que se concreta en el ejercicio de autoridad y la prestación de servicios: funciones públicas en el sentido clásico del término y prestación de servicios públicos multinivel.

PALABRAS CLAVE:

protección civil, servicio público, funciones públicas.

SUMMARY:

The Article 1.2 of Act 2/1985, on Civil Protection, states that civil protection as a whole is legally considered as a public utility. This statement is a good exam-

ple of misapplication of legal categories. In this paper it is highlighted both the motives of this legal declaration and the reasons why this legal affirmation does not fit with an evolutive interpretation of the ‘public utilities’ legal concept. In the propositive part of this paper it is assumed that civil protection, as field for administrative action, is a multi-functional shared competence which takes shape in the exercise of authority and the multi-level provision of public utilities.

KEY WORDS:

civil protection, public utilities, public legal functions.

1. LA EQUÍVOCA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA PROTECCIÓN CIVIL COMO SERVICIO PÚBLICO¹

El art. 1.2 de la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil, establece que “la protección civil es un servicio público”. Hoy en día parece claro que esta declaración es, desde un estricto planteamiento jurídico, absolutamente innecesaria e incorrecta. Yendo aún más lejos cabría decir que esta misma conclusión podría haberse mantenido sin demasiados inconvenientes cuando la Ley fue aprobada. De hecho, ni siquiera en aquel momento la declaración legal tenía un encaje aceptable a la vista de los distintos conceptos de “servicio público” manejados por la doctrina al albur de la evolución jurídica de esta categoría jurídica. En otras palabras, la declaración de servicio público pudiera haber tenido razón de ser más allá de lo estrictamente jurídico en el momento en que fue aprobada la Ley, pero ni antes, ni ahora, tiene una apoyatura jurídica razonable.

En este trabajo intentaremos justificar esta conclusión, del mismo modo que intentaremos poner de relieve cuáles pudieron ser los motivos que dieron lugar a tan criticable declaración legal. Para ello, metodológicamente se asumirá un acercamiento fundamentalmente dogmático-normativo o dogmático jurídico², es decir, trataremos de realizar una reorientación y crítica del Derecho positivo vigente y de la praxis jurídica, dando así una respuesta fundamentada a una cuestión que desde luego quedó sin resolver, o al menos mal resuelta, en la norma todavía vigente.

No se pretende, sin embargo, afrontar la labor de analizar dogmáticamente el concepto de “servicio público”, algo que supera con creces el objeto de este tra-

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “La protección ciudadana en las situaciones de emergencia en la Comunidad de Madrid” (CC610-UAM/HUM-5962), financiado por la Comunidad Autónoma de Madrid.

² ALEXY (1997, p. 240 y ss.).

bajo. No se trata, en definitiva, de un acercamiento dogmático-analítico, sino puramente valorativo al objeto de estudio ya señalado. Esto, en cualquier caso, nos obligará a pronunciarnos acerca del encaje de la declaración legal de servicio público a la protección civil partiendo de la profusa literatura (normativa y doctrinal) existente en la materia. No sirvan, sin embargo, esas reflexiones como un intento de construcción sistemática, sino como análisis crítico de una declaración legal tan confusa, como discutible.

1.1. Repaso de la regulación estatal en la materia

1.1.1. Referencia previa a los precedentes normativos en la materia

Al ser dictada la vigente Ley estatal en materia de protección civil no existía precedente alguno en nuestro ordenamiento con una declaración de publicación de la citada materia, aunque, como luego veremos, sí que existía alguna declaración parecida, si bien con un sentido jurídico diferente. Se trataba, por tanto, de una declaración original que después tampoco ha sido seguida por ninguna otra norma, sin perjuicio de alguna ratificación puntual³.

Sin embargo, en lo que sí coinciden todos los precedentes normativos de la vigente Ley de protección civil es en recalcar dos aspectos. En primer lugar, las funciones adscritas a esta materia, haciendo especial énfasis en las funciones de organización, dirección y coordinación de todos los medios y recursos necesarios en caso de catástrofe, así como en las acciones de prevención e intervención a fin de evitar o disminuir los riesgos y daños sobre la población y los bienes de las personas⁴. En segundo lugar, es también habitual que se ponga de manifiesto cómo la concreción funcional recién aludida, al menos en su vertiente directiva y coordinadora, no es más que la consecuencia inmediata de los problemas organizativos que desde un principio se detectan en la estructuración de un sistema de protección civil de competencia multinivel e inter-operativo⁵.

³ Sólo la Ley 4/2007, de 28 de marzo, de Castilla y León, ha hecho una declaración parecida en relación con el que la Ley denomina "sistema de protección ciudadana" (art. 1). Sin carácter positivo vinculante también se ha de destacar tanto el preámbulo del Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil, que también alude a la declaración como servicio público, como la Exposición de Motivos de la derogada Ley 2/1995, de 6 de febrero, de organización del Servicio de Emergencias de la Generalidad Valenciana, en la que se reconocía la condición de servicio público de la protección civil, pero sin que ello tuviera luego traslado a la parte dispositiva de la Ley y sin que ello haya sido luego ratificado en la legislación vigente en esa Comunidad Autónoma.

⁴ Coincide en esta apreciación BARCELONA LLOP (2007, p. 120).

⁵ Sobre la evolución normativa en la materia, véase el trabajo de IZU BELLOSO (2009, p. 317 y ss.).

La perspectiva funcional, entendida como vía de solución organizativa, se apreciaba ya en la normativa aprobada en los años 60, núcleo original de la organización moderna de la protección civil en España. El art. 1 del Decreto 827/1960, de 4 de mayo, por el que se crea la Dirección General de Protección Civil, norma a la que se le imputa la utilización por primera vez en nuestro ordenamiento de la expresión “protección civil”, confería a la citada Dirección General la competencia para **“organizar, reglamentar y coordinar, con carácter nacional, la protección de la población y de los recursos y riquezas de todo orden en los casos de guerra o calamidad pública, con el fin de evitar o reducir los riesgos de las personas y de los bienes”**.

Como decíamos, esta perspectiva funcional está directamente vinculada con los problemas deducibles en la vertiente orgánica. Un argumento claro que pone de relieve esa conexión, es la propia estructura de los servicios involucrados en la protección civil. La estructura orgánica de la protección civil no ha estado desde sus orígenes acompañada de estructuras prestacionales específicas. Todo lo contrario, no se puede dejar de llamar la atención sobre el hecho de que desde sus orígenes la protección civil no ha supuesto la creación de nuevos servicios operativos o de intervención (bastando, eso sí, un centro directivo de operaciones y coordinación), sino que ha tenido por objeto coordinar un elenco variado de servicios generalmente preexistentes y funcionalmente vinculados con la materia. En este sentido, ya el art. 38 de la Orden de 5 de mayo de 1962 dispuso lo siguiente: **“La extensión y la naturaleza de las misiones de la Protección Civil hacen imposible que sus fines puedan alcanzarse exclusivamente con medios propios y sin otro contenido normal. Por ello su acción se basa fundamentalmente en la orientación, utilización y coordinación de cuantos elementos y organizaciones queden a su disposición, en una forma u otra, por su afinidad con el propósito perseguido, constituyendo el mayor volumen de sus medios de acción”**.

Sólo partiendo de estas premisas, se puede realizar una interpretación correcta de la literalidad del art. 2 del Decreto 398/1968, de 29 de febrero, cuando estableció que la protección civil era un **“servicio civil nacional”** cuyas acciones en beneficio de la población eran complementarias de las que llevaran a cabo las Fuerzas Armadas. En primer lugar, no se puede admitir que esa caracterización jurídica pueda ser equiparable a la declaración de la materia como servicio público hoy todavía vigente; es más, tampoco, como veremos más adelante, hubiera sido posible justificar una conclusión tal con base en la caracterización jurídica del servicio público mayoritaria en aquel momento. Segundo y último, la calificación de la protección como un “servicio civil nacional” respondía enteramente a la necesidad de integrar estructuralmente los distintos servicios involucrados, esto es, de constituir un entramado orgánico coordinado y permanente

de servicios públicos y privados ya existentes y en funcionamiento⁶ en el que el Estado gozara de funciones directivas, a pesar de la titularidad diversa de los distintos servicios a coordinar⁷.

1.1.2. La vigente Ley 2/1985, de 21 de enero

La necesidad de mantener un sistema permanente y coordinado de servicios de competencia diversa es, sin duda, el dato clave de la declaración de la protección civil como “servicio civil nacional” por Decreto 398/1968, así como “servicio público” por la vigente Ley 2/1985, de 21 de enero. Es cierto que pudiera no derivarse tal conclusión de la declaración acogida en el art. 1.2 de la vigente Ley⁸, pero sí que es manifiesta a la vista de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1985. En ella se revela que, efectivamente, la protección civil tiene dos polos fundamentales: la vertiente orgánica, por un lado, y la perspectiva funcional, como mecanismo de estructuración de la anterior.

En cuanto a la vertiente funcional, como todos sus precedentes, la Ley vigente insiste en que la protección civil **“debe actuar a través de procedimientos de ordenación, planificación, coordinación y dirección de los distintos servicios públicos** relacionados con la emergencia que se trate de afrontar”. Posteriormente, como es lógico, el articulado vuelve especialmente sobre estas cuestiones, hasta el punto de que prácticamente todos los preceptos inciden de una forma u otra en esos aspectos.

La conexión entre esa perspectiva funcional y la puramente organizativa se enfatiza, con claridad, en el preámbulo de la Ley, expresando los mecanismos de

⁶ Igualmente, BARCELONA LLOP (2007, p. 122 y 123). El mismo autor pone de relieve cómo éstas eran las mayores preocupaciones de la doctrina en aquel momento. Citando al profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, enfatiza la necesidad de que la protección civil fuera configurada orgánicamente como una función permanente y estable.

⁷ En este sentido, llama la atención los términos con que se expresaba el art. 4 del Decreto 398/1968 cuando se refería a esta cuestión, señalando que estaban “obligados a ejercer la protección civil”, en primer lugar, y de forma extraordinariamente genérica, “el Estado, de un modo general, por su propia condición y naturaleza”, mientras que respecto a las Corporaciones municipales y provinciales reafirmaba, con una técnica normativa bastante particular, sus obligaciones en la materia “en el ámbito de sus competencias respectivas, no sólo por las consideraciones que se acaban de hacer, sino porque ya les había sido impuesta tal obligación por sus disposiciones constitutivas”, con posterior remisión a la legislación aplicable en la que se concretaban tales atribuciones competenciales. A continuación, el art. 5 del citado Decreto señalaba que al Estado correspondían las funciones de “dirección del conjunto, coordinación de actuaciones, formulación de doctrinas y reglamentación de todo orden”.

⁸ Art. 1.2 de la Ley 2/1985: “La protección civil es un servicio público en cuya organización, funcionamiento y ejecución participan las diferentes Administraciones públicas, así como los ciudadanos mediante el cumplimiento de los correspondientes deberes y la prestación de su colaboración voluntaria”.

que se sirve la protección civil para solventar los problemas de organización que despierta⁹. De hecho, en cuanto a la perspectiva organizativa, en el preámbulo de la Ley se afirma taxativamente que: “La extraordinaria heterogeneidad y amplitud de las situaciones de emergencia, así como de las necesidades que generan y de los recursos humanos y naturales que han de ser movilizados para hacerles frente **convierten a la protección civil, en primer lugar y esencialmente, en un problema de organización**”.

¿Cómo se resuelve específicamente ese “problema de organización”? 1º) Mediante la declaración de un servicio público de competencia estatal, pero en el que también intervienen el resto de Administraciones en los términos de la legislación del Estado; 2º) Confiriendo al Estado un peso determinante en la organización de esas estructuras; y 3º) Reconociendo la no constitución de nuevos servicios, pero sí la de una estructura de dirección permanente¹⁰:

“Dicha organización corresponde al Estado principalmente, por cuanto constituye una competencia de protección de personas y bienes integrada en el área de la seguridad pública; sus mecanismos de actuación son, básicamente, técnicas de planificación y de coordinación a nivel superior; y, jurídicamente, en cuanto que se da respecto a esta materia el supuesto del número 3 del artículo 149 de la Constitución. Consecuentemente, **la protección civil se concibe como un servicio público cuya competencia corresponde a la Administración civil del Estado y, en los términos establecidos en la presente Ley, a las restantes Administraciones públicas.**

Sin embargo, **sería equivocado que la organización de la protección civil pretendiese crear *ex novo* unos servicios específicos**, suplantando o ejercer directamente los servicios públicos que con ella puedan tener relación o, incluso, disponer directamente de los medios a tal fin necesarios. La protección civil, por el contrario, debe actuar a través de procedimientos de ordenación, planificación, coordinación y dirección de los distintos servicios públicos relacionados con la emergencia que se trate de afrontar.

⁹ En este sentido, MENÉNDEZ REXACH (2011: p. 52 y 53), para quien “en el plano instrumental, la protección civil consiste en la movilización coordinada de los medios de las distintas organizaciones públicas y privadas que pueden contribuir a controlar la situación. Es, pues, en sustancia, una competencia de coordinación con una doble proyección: horizontal, sobre los servicios sectoriales implicados (salud, incendios, tráfico, etc.) y vertical, sobre los distintos niveles administrativos (estatal, autonómico y local)”.

¹⁰ Como bien señala BARCELONA LLOP (2007: p. 124 y 125), esas mismas ideas se ponen de relieve a lo largo del procedimiento legislativo seguido en las Cortes, reflejándose las preocupaciones mostradas años atrás por el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO.

Ello significa que **no cabe circunscribir este planteamiento a los aspectos de la simple coordinación administrativa, lo que representaría asumir una estructura organizativa extremadamente débil**, cuando lo cierto es que se requiere, tal y como es frecuente en los sistemas de derecho comparado, el **establecimiento de una estructura operativa**, con mando único a diseñar en los diferentes planes, sin perjuicio de las decisiones que al Gobierno competen como órgano superior de dirección y coordinación de la protección civil”.

No se puede dejar de poner de manifiesto que la Ley estatal cometió varios “deslices”, en algún caso posteriormente corregidos por la jurisprudencia constitucional. No obstante, antes de hacer referencia a esos “errores”, se ha de enfatizar que no puede predicarse equivocación alguna de la evidente necesidad de constituir una estructura orgánica permanente que coordine los servicios involucrados de las distintas Administraciones. En este sentido, es sintomático el recurso constante a lo largo de la Ley a la noción de “servicios colaboradores”, “servicios relacionados” o “servicios que deben dedicarse o intervenir” en caso de emergencias o catástrofes¹¹.

Sin embargo, sí que son imputables aquellos deslices antes anunciados a otros aspectos de la Ley: tanto a la declaración misma de servicio público, como al peso otorgado al Estado en el reparto de poder. Por el momento nos detendremos en el segundo aspecto, donde el Tribunal Constitucional sí que incidió con especial rigor con su doctrina, pues por lo que se refiere a la declaración de servicio público, no ha suscitado controversia en aquella sede.

¹¹ Art. 4.5: “Los **servicios de vigilancia, protección y lucha contra incendios** de las Empresas públicas o privadas se considerarán, a todos los efectos, **colaboradores en la protección civil**”.

Art. 9: “Los Planes Territoriales y Especiales establecerán, en todo caso, lo siguiente: b) Las directrices de funcionamiento de los distintos **servicios que deban dedicarse a la protección civil**. d) La estructura operativa de los **servicios que hayan de intervenir** en cada emergencia, con expresión del mando único de las operaciones, todo ello sin perjuicio de las decisiones que deban adoptarse en cada circunstancia por las autoridades competentes”.

Art. 13: “En las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública se dispondrá la aplicación del plan que corresponda y la movilización de los **servicios y medios necesarios**”.

Art. 14: “Sin perjuicio de las funciones y competencias que en materia de prevención de riesgos específicos otorgan las Leyes a las diferentes Administraciones públicas, corresponderán también a éstas las siguientes actuaciones preventivas en materia de protección civil: c) Asegurar la instalación, organización y mantenimiento de **servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento**. d) Promover, organizar y mantener la formación del personal de los **servicios relacionados con la protección civil** y, en especial, de mandos y componentes de los servicios de prevención y de extinción de incendios y salvamento.

Art. 16: “El Ministro del Interior ostenta la superior autoridad en materia de protección civil y le corresponde: g) Requerir de las autoridades locales y autonómicas la intervención de sus Cuerpos de Policía y demás **servicios relacionados con la protección civil**, que actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales”.

Reiterada jurisprudencia constitucional ha mantenido que el Estado goza de facultades de coordinación de las CCAA en aquellas materias en las que posee un título competencial específico¹². En este sentido, debemos tener en cuenta que en materia de seguridad pública, el art. 149.1.29 de la Constitución, como se ha encargado de confirmar la jurisprudencia constitucional, atribuye al Estado competencias en materia de protección civil¹³, que según las SSTC 123/1984, 133/1990 ó 118/1998, también incluyen facultades de coordinación.

La STC 123/1984, de 18 de diciembre, reconoció competencias de coordinación a la Administración estatal en tres supuestos: a) Situaciones excepcionales declaradas conforme a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio; b) En supuestos en los que no exista dicha declaración, cuando el carácter supraterritorial de la emergencia exija una coordinación de dispositivos humanos y materiales distintos de los que poseen las CCAA; y c) Cuando, por su envergadura, la emergencia requiera una dirección nacional.

Igualmente, y de forma inequívoca, la STC 133/1990, de 19 de julio, reconoció facultades coordinadoras al Estado sobre servicios y recursos pertenecientes a otras Administraciones en virtud de las siguientes circunstancias: a) La competencia en materia de protección civil dependerá de la naturaleza de la situación de emergencia y de los recursos y servicios a movilizar; así pues, cuando la competencia es autonómica, se encuentra con determinados límites que derivan de la existencia de un posible interés nacional o supraautonómico que pueda verse afectado por la situación de catástrofe o emergencia, bien por la necesidad de prever la coordinación de Administraciones diversas, bien por el alcance del evento (afectando a varias CCAA) o bien por sus dimensiones, que pueden requerir una dirección nacional de todas las Administraciones públicas afectadas, y una aportación de recursos de nivel supraautonómico (FJ 6); b) Como consecuencia, e íntimamente en relación con tal posibilidad, no pueden negarse al Estado las potestades necesarias para obtener y salvaguardar una coordinación de distintos servicios y

¹² Es importante dejar clara la diferencia entre “cooperación” y “coordinación”. La cooperación tiene carácter voluntario y supone que las actuaciones que deben realizar las Administraciones que cooperan no están sometidas a la imposición final de una decisión unitaria por parte de una organización superior. Sin embargo, la coordinación permite la integración mediante una decisión unilateral que se impone al resto de Administraciones, sin perjuicio de las competencias de las entidades coordinadas para hacer cumplir dicha decisión. En otras palabras, la coordinación es la facultad de intervenir con competencia propia en el ejercicio de las competencias ajenas, pero sin vaciarlas de contenido y, por tanto, respetándolas [STC 27/1987; también en la STS de 11 de julio de 2000 (Az. 7092) se acoge una distinción con bastante precisión entre ambos conceptos en la línea señalada]. Al respecto, véase MENÉNDEZ REXACH (1994) y DE MARCOS FERNÁNDEZ (1994).

¹³ Al respecto pueden consultarse los trabajos de FERNÁNDEZ FARRERES (1985), OCHOA MONZÓ (1996), BARCELONA LLOP (2007) y MENÉNDEZ REXACH (2011).

recursos pertenecientes a múltiples sujetos, así como (si fuera necesario) para garantizar una dirección y organización unitarias; esto es, tanto competencias de tipo normativo (disponiendo e instrumentando técnicas de coordinación), como de tipo ejecutivo, asumiendo las instancias estatales tareas de dirección (FJ 6)¹⁴.

Estas facultades de coordinación distan bastante del espíritu subyacente a la declaración del preámbulo de la Ley cuando señala que la organización de la protección civil **“corresponde al Estado principalmente**, por cuanto constituye una competencia de protección de personas y bienes integrada en el área de la seguridad pública”, no obstante añadir a continuación que **“la protección civil se concibe como un servicio público cuya competencia corresponde a la Administración civil del Estado y, en los términos establecidos en la presente Ley, a las restantes Administraciones públicas”**.

La jurisprudencia constitucional se encargó, por tanto, de reducir sustancialmente las pretensiones del legislador estatal, reconociendo las competencias autonómicas en la materia desde la STC 123/1984. Algo que ha quedado recientemente confirmado en la STC 31/2010 (FJ 78) al resolver la impugnación del precepto correspondiente del nuevo Estatuto de Cataluña que atribuye “competencias exclusivas” a la Generalitat en materia de “emergencias y protección civil”:

*“... en la materia específica de protección civil se producen unas **competencias concurrentes del Estado** (en virtud de la reserva del art. 149.1.29) y de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en sus Estatutos en virtud de habilitaciones constitucionales, por lo que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en esta materia, aunque estén subordinadas a “las superiores exigencias del interés nacional en los casos en que éste pueda entrar en juego” (STC 133/1990, FFJJ 5 y 6). El precepto estatutario impugnado es acorde con el orden constitucional de distribución de competencias, pues como evidencia su propio tenor, **reconoce la indi-***

¹⁴ Aplicando dicha doctrina, la STC 133/1990 formula, a continuación, las siguientes conclusiones en lo atinente a la planificación estatal en la materia: a) Es conforme a la Constitución la previsión de que el Gobierno apruebe las Directrices básicas para regular la autoprotección (art. 6.1.II de la Ley) y la Norma Básica de Protección Civil (art. 8), pues en cuanto están vinculadas a un interés nacional, hacen posible, en su caso, una coordinación y actuación conjunta de los diversos servicios y Administraciones implicadas y proveen a un diseño o modelo nacional mínimo (FJ 9); b) Son conformes a la Constitución los Planes de protección civil como técnica de coordinación mediante la fijación de contenidos mínimos y comunes, así como de la homologación por la Comisión Nacional de Protección Civil, siempre que se configure como un control técnico y de legalidad y del deber de información, como expresión del deber general de colaboración, pues “el mantenimiento de una dirección y organización unitarias ante estas emergencias excepcionales razonablemente requiere de una coordinación de los distintos planes territoriales (municipales, supramunicipales, insulares, provinciales y de cada Comunidad Autónoma) mediante la fijación de unos contenidos mínimos comunes que permitan su posterior integración en un conjunto plenamente operativo y susceptible de una rápida aplicación” (FJ 10).

cada competencia estatal al proclamar que la competencia de la Generalitat debe respetar “lo establecido por el Estado en ejercicio de sus competencias en materia de seguridad pública”.

En definitiva, no es correcto afirmar, como hizo el preámbulo de la Ley 2/1985, que el peso determinante en la organización de las estructuras de protección civil correspondía al Estado. La jurisprudencia constitucional y la práctica han demostrado que ese peso corresponde a las CCAA, sobre todo, en la gestión de emergencias, mientras que en el caso de catástrofes, la competencia depende tanto de la naturaleza del siniestro y, en consecuencia, de los recursos y servicios que es necesario movilizar, debiéndose reconocer, en todo caso, facultades de coordinación al Estado sobre servicios y recursos ajenos en las situaciones de emergencia de interés nacional¹⁵.

¿Qué razones se pueden intuir que llevaron al legislador estatal a mantener aquella afirmación, a pesar de que justo antes de la aprobación del texto legal ya había sido dictada la STC 123/1984? Debemos recordar, en este sentido, que la STC 123/1984 reconoció ya la competencia autonómica para la elaboración de planes de prevención y para la dirección de sus propios servicios en caso de catástrofes y situaciones de emergencia. Pues bien, no obstante este apunte, la recién inaugurada organización territorial de España y la ausencia de una jurisprudencia constitucional consolidada, permiten comprender que el legislador estatal “tentara a la suerte”. La clave quizás se encuentre en la Exposición de Motivos de la Ley 2/1985 cuando alude a los títulos competenciales en materia de seguridad pública y al art. 149.3 de la Constitución.

No es descartable también que detrás de una actitud tal se encontrara la necesidad de mantener la posición central que correspondía al Estado en la materia, que era, por otro lado, una constante desde los Decretos organizativos de los años 60. Posición, además, que no sólo se fundamentaría en sus facultades de coordinación, algo que, por otro lado, tampoco era nuevo, sino también en la tradicional vinculación de la protección civil con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con la Defensa Nacional.

En este sentido, no se puede dejar de lado un dato clave: sin perjuicio de la declaración de servicio público prevista en el art. 1.2, el art. 2 de la Ley 2/1985, relativo a la distribución de competencias en la materia, dedica prácticamente sus tres apartados a explicar cómo encajan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del

¹⁵ Bien distinto es que esas situaciones de interés nacional, salvo error, nunca hayan sido declaradas, de modo que la gestión de catástrofes ha sido siempre realizada por las CCAA. Esto no obsta para que efectivamente el Estado haya colaborado activamente con medios propios.

Estado y de las Fuerzas Armadas en la materia. Igualmente, en el art. 16.f) y g), en el que se listan las competencias del Ministerio del Interior, se alude en los mismos términos a la intervención de otros servicios de competencia autonómica y local, como a la de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Fuerzas Armadas. Cosa bien distinta es que la STC 113/1990 se encargara de ajustar el alcance de dichas competencias.

Esto no quiere decir que se pensara, ni mucho menos, en una organización de la protección civil en el seno de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad de carácter militar, pero sí que pone de relieve que el Estado siempre ha entendido que existe una relación directa entre la materia protección civil y las Fuerzas Armadas¹⁶. En cualquier caso, la Exposición de Motivos de la Ley y su parte dispositiva, ratificando el proceso de vinculación a la Administración civil sufrido, principalmente, desde comienzos de la década de los 80, se encargan de desmentir cualquier vinculación más allá de la puramente colaborativa. No obstante, al momento de ser aprobada la Ley en 1985, cabe asumir que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Fuerzas Armadas se concebían como “servicios” centrales de todo el sistema¹⁷ y que ello, junto con las funciones de coordinación del resto de servicios, permitía colocar al Estado en una posición principal del sistema de protección civil.

¹⁶ Un buen ejemplo es la creación de la Unidad Militar de Emergencia (UME). Esta unidad militar fue creada por Real Decreto 416/2006, de 11 de abril, por el que se estableció su organización y despliegue y se implanta como una fuerza conjunta de carácter permanente dentro de las Fuerzas Armadas. A su vez, por Real Decreto 399/2007, de 23 de marzo, se aprobó el Protocolo de Intervención de la UME. No obstante, la STS de 4 de noviembre de 2008 (Az. 191 de 2007) anuló el Real Decreto 399/2007 por haberse omitido durante su elaboración los informes de la Comisión Nacional de Protección Civil [previsto en el art. 17.2.d) de la Ley 2/1985] y del Consejo de Estado (por tratarse de un reglamento ejecutivo y no estrictamente organizativo).

¹⁷ En cuanto a la importancia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ya el art. 1 del Decreto 398/1968 aludía al “apoyo y colaboración de la Guardia Civil”. Tampoco se puede olvidar que la vigente Ley fue dictada con base en el título competencial previsto en el art. 149.1.29 de la Constitución relativo a la “seguridad pública”, sin perjuicio del recurso, luego censurado por el Tribunal Constitucional, al art. 149.3. En la actualidad, el art. 2.1 segundo inciso de la Ley 2/1985 dispone que “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre que las circunstancias lo hicieren necesario, participarán en las acciones de protección civil”. Finalmente, se ha de tener en cuenta que al momento de ser aprobada la vigente Ley, es bien cierto que habían sido aprobados todos los Estatutos de Autonomía, siendo que los Estatutos del País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Valencia, Canarias y Navarra, previeron la posibilidad de crear policías propias de acuerdo con el art. 149.1.29 de la Constitución. Ahora bien, hasta la fecha, tan sólo han hecho uso de la facultad las Comunidades Autónomas del País Vasco, Navarra y Cataluña (cuyos orígenes datan de la década de los 80) y, recientemente, Canarias. Al respecto, el trabajo de MAGRO SERVET (1998).

En cuanto a la relación con las Fuerzas Armadas, el art. 2 del Decreto 398/1968 afirmaba algo que en esta dirección se mantuvo con matices hasta fechas anteriores a la entrada en vigor de la Ley 2/1985. Después de señalar que la protección civil es un “servicio civil nacional”, se afirma que sus acciones “com-

1.2. La legislación autonómica y los nuevos Estatutos de Autonomía

En la normativa autonómica aprobada en las distintas CCAA se reproducen los parámetros mencionados hasta el momento, superando, eso sí, los errores puestos en evidencia ya por el Tribunal Constitucional, ya directamente por la doctrina y la práctica administrativa. Una constante, como no podía ser de otra manera, es la enfatización de la competencia autonómica, que de nuevo se deduce en facultades de coordinación, dirección, planificación..., como mecanismos de ordenación del sistema multinivel y multi-competencial de los “servicios relacionados” o “servicios de intervención” en materia de protección civil. Al mismo tiempo se produce una ampliación del ámbito de acción de la organización de servicios integrados a las situaciones de emergencias ordinarias. Desde este punto de vista, la gestión de emergencias es una materia más amplia que la protección civil, abarcando, más allá de las situaciones catastróficas propias de la protección civil, otras situaciones de emergencia habituales¹⁸.

pletan el cuadro de esfuerzos, en beneficio y salvaguarda de la nación que llevan a cabo las Fuerzas Armadas”, así como que “es por ello **un elemento de la defensa nacional** y cómo tal deberá actuar coordinadamente con los tres Ejércitos y las fuerzas de orden público”. No en vano, no se puede olvidar que el Decreto 827/1960 apuesta en su preámbulo por emprender una nueva etapa de actuación tanto frente a los daños producidos por la guerra, como por otras calamidades, manteniendo que la titularidad de la Dirección General de Protección Civil debía recaer en un General del Ejército.

Las posteriores normas organizativas dictadas en la materia pretenden, por el contrario, eliminar la vinculación de la protección civil con las Fuerzas Armadas. La propia STC 123/1984 (FJ 1) aludió precisamente a ese proceso: “*Los servicios de Protección Civil, inicialmente incardinados en la organización de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad de carácter militar, han ido poco a poco adquiriendo un carácter nítidamente civil como competencia de los Departamentos o Ministerios de Interior*”. Este proceso se constata a partir del Real Decreto 1547/1980, de 24 de julio.

Sin embargo, en la misma época era aprobada la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, sobre defensa nacional y organización militar. El art. 21 de la Ley Orgánica definía el concepto de “defensa civil” como “la disposición permanente de todos los recursos humanos y materiales no propiamente militares al servicio de la defensa nacional, **y también en la lucha contra todo tipo de catástrofes extraordinarias**”. El art. 22 añadía, además, algo que luego se reflejará igualmente en el art. 2 de la Ley 2/1985, y que alude a la colaboración de las Fuerzas Armadas en “casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga”. Estos preceptos han permitido dudar acerca de la subyacente relación de la protección civil con su antigua “militarización”. En esta dirección, IZU BELLOSO (2009: 326). En contra, parece pronunciarse MENÉNDEZ REXACH (2011b, p.19).

En cualquier caso, el vigente art. 15.3 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de defensa nacional, dispone que “las Fuerzas Armadas, junto con las instituciones del Estado y las Administraciones públicas, deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas”. Asimismo, el art. 16.e) de la misma Ley atribuye a las Fuerzas Armadas, entre otras operaciones, las relativas a “la colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas”.

¹⁸ IZU BELLOSO (2009, p. 349). En algún caso, como ha puesto de manifiesto MENÉNDEZ REXACH (2011, p. 51), las declaraciones legales sobre el ámbito de la competencia autonómica son dema-

Ambas consideraciones se refuerzan más si cabe en los nuevos Estatutos de Autonomía. Buen ejemplo es el art. 132.1 del nuevo Estatuto de Cataluña, según el cual las competencias de la Comunidad Autónoma incluyen “en todo caso, la regulación, la planificación y ejecución de medidas relativas a las emergencias y la seguridad civil, así como la dirección y coordinación de los servicios de protección civil, que incluyen los servicios de prevención y extinción de incendios, sin perjuicio de las facultades en esta materia de los gobiernos locales, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de sus competencias en materia de seguridad pública”¹⁹.

Lo que no se aprecia en la legislación autonómica es ni la presunta “prima-cía” del Estado en la materia (algo que ya se encargó de rectificar tempranamente el Tribunal Constitucional), ni la noción de servicio público de la protección civil. En cuanto a lo primero, algunas Leyes autonómicas aluden al “interés nacional” como criterio de delimitación competencial, pero lo hacen de forma bastante tangencial, reforzando la idea de que la dirección en la materia es competencia de la Comunidad Autónoma, salvo en casos excepcionales²⁰.

Esa delimitación competencial se ha tratado de reforzar con el otorgamiento de competencias exclusivas en la materia en algunos Estatutos de Autonomía como el catalán, el andaluz o el aragonés. No obstante, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de reconducir a sus justos límites tales declaraciones. En esta dirección, la STC 31/2010 (FJ 78) pone de relieve la constitucionalidad de la atribución competencial del art. 132 del Estatuto de Cataluña, en la medida en que la atribu-

siado amplias y ambiguas. Es el caso de la Exposición de Motivos de la Ley 4/2007, de 28 de marzo, de protección ciudadana de Castilla y León, que vincula las competencias en la materia a “la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos”, y el art. 1 de la misma Ley que concreta el objeto de la Ley en “la ordenación y regulación de las actuaciones y actividades dirigidas a la protección de las personas frente a los riesgos derivados de fenómenos naturales, tecnológicos o sociales”.

¹⁹ En términos parecidos, el art. 66.1 del Estatuto de Andalucía, el art. 71.57^a del Estatuto de Aragón o el art. 71.16^a del Estatuto de Castilla y León.

²⁰ Las referencias al “interés nacional” en la legislación autonómica tienen al menos las siguientes motivaciones: 1^a) Delimitar el ámbito competencial estatal y autonómico. Entre estas normas no sólo se encuentran aquellas que genéricamente delimitan las competencias de las CCAA (art. 2 de la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Andalucía; arts. 1 de la Ley 13/2010, de 23 de noviembre, de la Comunidad Valenciana; art. 3 de la Ley 4/2007, de 28 de marzo, de Castilla y León; art. 3 de la Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de Aragón; art. 3 de la Ley 3/2006, de 30 de marzo, de Baleares; art. 1.2 de la Ley 4/1997, de 20 de mayo, de Cataluña), sino también todas aquellas que concretan las competencias de los distintos órganos administrativos a los efectos de requerir la intervención del Estado (o específicamente de las Fuerzas Armadas), así como algunas normas que o bien se refieren al ámbito de la planificación autonómica en todo aquello que no suponga situaciones de “interés nacional” (art. 12.2 de la Ley andaluza; arts. 11.1 de la Ley Foral 8/2005, de 1 de julio, de Navarra), o bien someten la intervención de las Fuerzas Armadas a los términos de la planificación autonómica en casos que no tengan la consideración de catástrofes de “interés nacional” (art. 44.2 de la Ley valenciana). En todos estos casos, la delimitación competencial

ción de “competencias exclusivas” queda condicionada por “lo establecido por el Estado en ejercicio de sus competencias en materia de seguridad pública”²¹.

En cuanto a la declaración de servicio público, hay que diferenciar varios aspectos. En primer lugar, la declaración misma como servicio público. A este respecto, sólo el preámbulo, que no la parte dispositiva, de la derogada Ley 2/1995, de 6 de febrero, de organización del servicio de emergencias de la Comunidad Valenciana, aludía a la declaración legal contenida en la Ley estatal: **“La protección civil, que es un servicio público de larga tradición en otros países, tiene una corta vida entre nosotros.** Sin embargo, la experiencia de la gestión administrativa ha demostrado la urgencia de concebir una organización específica para la protección cuya misión sea precisamente prestar el soporte técnico y los medios operativos para remediar situaciones de emergencia, tanto derivadas de catástrofes naturales como del riesgo inherente a las múltiples actividades cotidianas”. Añadiendo más tarde que “la respuesta de la protección civil ante accidentes ordinarios o ante situaciones de emergencia **constituye un servicio público esencial, más allá de cualquier consideración jurídica**”.

Llama la atención que estas afirmaciones sólo se hicieran en la Exposición de Motivos de la Ley, por la limitada eficacia jurídica que los preámbulos de las normas con rango de Ley poseen²². Segundo, se aprecia cierta indeterminación en su asunción, pues aunque se califica a la protección civil como servicio público esencial, a continuación se trata de superar cualquier crítica con una coetilla final que no resiste un análisis jurídico riguroso: *“más allá de cualquier consideración jurídica”*. Finalmente, no se puede olvidar que la Ley 2/1995 de la Comunidad Valenciana fue derogada y la normativa vigente no ha mantenido una consideración similar.

Una norma que sí ha acogido una declaración semejante en su parte dispositiva, es el art. 1 de la Ley 4/2007, de 28 de marzo, de Castilla y León. Este precepto declara como servicio público nada menos que **“el sistema de protección ciudadana** de la Comunidad de Castilla y León”, constituido “por el conjunto

es clara, probablemente superflua, pero correcta; 2º) Crear un tipo de situaciones de especial gravedad que sin embargo no sean declaradas como de “interés nacional” (art. 16.2 de la Ley andaluza), y que en algunos casos legitiman la celebración de acuerdos de cooperación entre CCAA limítrofes en previsión de tales sucesos (art. 32.7 de la Ley aragonesa; art. 17.4 de la Ley navarra), en ocasiones, incluso con rango estatutario (art. 132.2 del Estatuto de Cataluña).

²¹ A la misma conclusión cabe llegar a la vista del art. 66.1 del Estatuto de Andalucía (“respetando las competencias del Estado en materia de seguridad pública”), o bien del art. 71.57ª del Estatuto de Aragón (“respetando lo dispuesto en los artículos 140 y 149.1 de la Constitución”).

²² La jurisprudencia constitucional se ha encargado de reiterar la ausencia de valor normativo de los preámbulos, aunque no de todo valor jurídico, reconociendo que *“tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas”* (de las normas jurídicas, se entiende) (STC 31/2010, FJ 7).

de disposiciones, procedimientos, medios y recursos que aseguren su organización y funcionamiento integrado”. Esta declaración, aparte de lo criticable que es su adscripción a un ámbito objetivo especialmente amplio²³, ha de sufrir las mismas críticas que más adelante se harán a la declaración de la Ley estatal 2/1985. No obstante, ahora debemos poner de relieve tres datos que coadyuvan a esa crítica: 1º) En realidad esta declaración, como también la que hace la Ley estatal, es una declaración que pretende cerrar el encaje de la estructura multinivel e interoperativa de servicios relacionados; 2º) Por otro lado, como posteriormente se mostrará, dicha declaración se confunde con otras específicas de servicios involucrados en la protección civil y con los servicios de emergencias; y 3º) Ninguna otra Ley autonómica reitera una afirmación tal, lo que significa que dicha declaración es superflua por innecesaria, ya que las funciones adscritas a la protección civil y la estructura orgánica que las soporta, pueden articularse sin necesidad de una supuesta publicación de la actividad.

Estas críticas se constatan en la normativa de todas las CCAA. Nos centraremos en las dos primeras críticas. En todas las CCAA se pone de relieve la idea de que la protección civil es una superestructura de servicios. En algunos casos, esa idea se expresa con mecanismos tradicionales recordando la necesidad de coordinación y cooperación entre los principios de la acción pública en materia de protección civil y gestión de emergencias (art. 4 de la Ley 1/2007, de 1 de marzo, de Cantabria); otras Leyes ponen énfasis en la idea de sistema, como en el caso del art. 1.2 de la Ley 2/2002 de Andalucía: “Para llevar a cabo dichas acciones, las Administraciones Públicas establecerán un **sistema integrado** que dé respuesta a una efectiva coordinación, dirección y control de las actuaciones necesarias, basado en la colaboración entre las mismas y, en su caso, con entidades de carácter privado y la ciudadanía en general”²⁴.

En otras CCAA, sin perjuicio de poder insistir en las consideraciones precedentes, se realiza una definición tipológica pormenorizada de los servicios de intervención frente a emergencias que redundan en las ideas anteriores. Un buen ejemplo es la Ley 13/2010, de 23 de noviembre, de la Comunidad Valenciana. Su art. 30 considera “servicios de intervención frente a emergencias” a “los colectivos, servicios y organizaciones en la Comunitat Valenciana que tienen por objeto la protección de las personas, los bienes y el medio ambiente tanto ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, como en accidentes

²³ En el sentido de las críticas antes comentadas de MENÉNDEZ REXACH (2011, p. 51) sobre la Ley castellano-leonesa.

²⁴ A tal efecto, el art. 1.1 de la misma Ley establece que su objeto es el siguiente, recalando esa misma idea: “Constituye el objeto de la presente Ley la regulación de la gestión de emergencias en Andalucía, entendida como conjunto de acciones de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, dirigidas a la protección de la vida e integridad de las personas y los bienes, en situaciones de grave riesgo colecti-

graves y otras análogas”. A continuación, el art. 31 de la Ley valenciana lleva a cabo una clasificación de tales servicios distinguiendo entre servicios esenciales y servicios complementarios²⁵. Finalmente, los arts. 32 y ss. y los arts. 41 y ss. especifican los servicios que pertenecen a uno u otro tipo²⁶.

Una Comunidad Autónoma en la que justamente se reitera este planteamiento es Castilla y León. De hecho, se puede decir que el modelo castellano-leonés sirvió de base al ahora vigente en la Comunidad Valenciana. Ciertamente, que en Castilla y León se incorpora una declaración como servicio público del “sistema de protección ciudadana” en su conjunto; ahora bien, dicho sistema, a su vez, está conformado por servicios esenciales y complementarios que la Ley define y especifica servicio a servicio (arts. 36 y 37 de la Ley 4/2007 de Castilla y León).

Por último, hilando con lo recién señalado, se debe poner de manifiesto la “paradójica” declaración de específicos servicios públicos que se realizan en las distintas Leyes autonómicas. Es decir, si bien es cierto que, salvo los casos indicados, las Leyes autonómicas no incorporan una declaración de servicio público de los servicios integrados de protección civil y emergencias, sí que lo hacen de algunos de los servicios que participan de tal estructura. Así, por ejemplo, es común que las distintas Leyes autonómicas declaren como servicio público el Servicio 112²⁷.

vo, catástrofes y calamidades públicas, así como en aquellas otras situaciones no catastróficas que requieran actuaciones de carácter multisectorial y la adopción de especiales medidas de coordinación de los servicios operativos”.

²⁵ Art. 31 de la Ley 13/2010 de la Comunidad Valenciana: “2. Son servicios esenciales de intervención los prestados por personal de la administración, o aquellos cuyas funciones o actividades se han asumido por la administración como propias ya sean desempeñados por personal perteneciente a las distintas administraciones o contratados por ellas, y cuya concurrencia es necesaria en las emergencias dada su disponibilidad permanente, su carácter multidisciplinario o su especialización. 3. Son servicios complementarios de intervención los que, perteneciendo a organizaciones y agrupaciones, profesionales o voluntarias, públicas o privadas, su movilización y concurrencia en las emergencias complementa la intervención de los servicios esenciales”.

²⁶ Art. 32. Servicios esenciales: “Pertenecen a los servicios esenciales de intervención, «1.1 2 Comunitat Valenciana», los técnicos de emergencias de la conselleria competente en materia de protección civil y gestión de emergencias, los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento dependientes de las administraciones públicas, los bomberos voluntarios, la Unidad de Brigadas de Emergencia, los técnicos forestales y los agentes medioambientales de la conselleria competente en prevención de incendios forestales, los Servicios de Atención Sanitaria de Emergencias y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad”.

Art. 41. Servicios complementarios: “Pertenecen a los servicios complementarios de intervención, los bomberos de empresa, el voluntariado de protección civil, las unidades de prevención de incendios forestales, las Fuerzas Armadas, los voluntarios y los otros servicios dependientes de las distintas administraciones presentes en la Comunitat Valenciana no clasificados como esenciales”.

²⁷ Arts. 34 y 35 de la Ley 2/2002 de Andalucía; arts. 40 y ss. de la Ley 1/2007 de Cantabria; arts. 40 y ss. de la Ley 30/2002 de Aragón; art. 40 de la Ley 3/2006 de Baleares; arts. 39 y ss. de la Ley de Navarra.

En otros casos, dicha declaración afecta a servicios de distinta naturaleza. En primer lugar, destaca la Exposición de Motivos de la Ley 4/2007, de 28 de marzo, de Castilla y León. Sin perjuicio de las reservas que la declaración debe suponer al recogerse en el preámbulo de la Ley, y a pesar de declarar en su articulado como servicio público al “sistema de protección ciudadana” en su conjunto, declara añadidamente como servicio público al “centro de asistencia ciudadana”: “Complementariamente, se define el centro de asistencia ciudadana de la Comunidad de Castilla y León, que cierra el marco organizativo existente entre la multiplicidad de sistemas públicos que cada Administración dispone para la asistencia. Este centro, **constituido como un servicio público**, que podrá gestionarse en la forma que se determine reglamentariamente, tiene encomendadas todas las funciones que suponen apoyo a la dirección de la emergencia y coordinación de las mismas”. En los arts. 58 y 60 de la Ley²⁸, donde se crea el mencionado centro y se listan sus funciones, nada de todo esto se reproduce o menciona.

También destacable es la declaración como servicio público de la Unidad de Brigadas de Emergencia (UBE) de la Comunidad Valenciana. El art. 59.2 de la Ley 13/2010 dispone que “la Unidad de Brigadas de Emergencia **es un servicio público con carácter autonómico**, por lo que el mando de la misma lo ostentará la Conselleria competente en materia de protección civil y gestión de emergencias, a través de la dirección general correspondiente”²⁹.

Sin duda que estas declaraciones específicas recalcan aún más la innecesariedad de cualquier declaración genérica, más allá de las que ya puedan corresponder a los servicios preexistentes que deben ser coordinados y a los nuevos que puedan crearse con esa finalidad. Esta conclusión es aún más sólida si se tiene en cuenta que en todas las CCAA, salvo en Castilla y León, se llevan a cabo las mismas funciones con fines semejantes, sin necesidad de una declaración tal. Por otro lado, como se podrá comprobar a continuación, es bien cierto que la declaración como servicio público de los específicos servicios mencionados anteriormente encaja con mucha mayor satisfacción en el concepto de servicio público, que una declaración global y general de un supuesto servicio público de protección civil.

²⁸ Art. 58.1 de la Ley 13/2010 de la Comunidad Valenciana: “Se crea el centro de asistencia ciudadana, que prestará en todo el territorio de la Comunidad de Castilla y León, la asistencia necesaria en aquellas situaciones de emergencia que afecten al normal desarrollo de la seguridad de los ciudadanos y en las que se precise, además de la coordinación de los recursos, asegurar la interoperatividad de los servicios movilizables y la adopción de decisiones estratégicas”.

²⁹ Art. 59.3: “La Unidad de Brigadas de Emergencia estará integrada por el conjunto de personas que, pertenecientes a la administración o contratadas por ella, por su formación específica y dedicación exclusiva, tienen como misión la intervención esencial frente a emergencias”.

2. SERVICIO PÚBLICO *VERSUS* FUNCIÓN PÚBLICA

2.1. La protección civil no es un servicio público. Análisis retrospectivo y a la vista de la evolución del concepto

El concepto de servicio público no sólo no es una categoría dogmática unívoca³⁰, sino que además ha sufrido importantes transformaciones fundamentalmente en los últimos años por influencia del Derecho europeo. A lo primero (su carácter polisémico) ha contribuido tanto su propio origen (la influencia francesa), como, ya dentro de nuestro ordenamiento, que el servicio público haya sido una noción carente de definición legal, o mejor, un concepto que ha dado lugar a con casi tantos posicionamientos jurídicos como Leyes han regulado el servicio público; tampoco es de extrañar, por todo ello, que dogmáticamente se hayan predicado tantas definiciones, como autores se han pronunciado sobre este tema³¹. Se nos permitirá, no obstante, realizar alguna precisión sobre la evolución y significación actual del concepto a través del proceso de europeización de que ha sido objeto esta categoría, con el fin de tratar de justificar hasta qué punto era y es correcta la declaración como servicio público de la actividad de protección civil en virtud de cualquiera de las acepciones del concepto. No se trata, en definitiva, de aportar una nueva definición, sino de tratar de parangonar aquellas que pueden ser representativas de la evolución de las distintas corrientes doctrinales, con la declaración legal prevista en el art. 1.2 de la Ley 2/1985 de protección civil.

Dejando a un lado conceptos extremadamente amplios de servicio público que lo hacen coincidir con la actividad administrativa toda, equivaliendo por tanto al giro o tráfico propio de las Administraciones³², todos los conceptos jurídicamente útiles de esta categoría coinciden en la articulación de la categoría de servicio público como técnica legitimadora de la actuación pública para desarrollar una actividad de prestación. Esta noción, aunque más precisa que la anterior, tampoco puede decirse que sea un concepto ni mucho menos unívoco. De hecho,

³⁰ MALARET GARCÍA (1998, p. 53 y 54) cita en esta dirección la conocida expresión de HAU-RIOU: “*le service public est un perpétuel devenir*”.

³¹ La mejor doctrina siempre insiste en todos o alguno de estos datos para referirse al carácter multívoco de esta categoría jurídica. En este sentido, GARRIDO FALLA (1962; 1981; 1994), BASSOLS COMA (1977); ARIÑO ORTIZ (1979, 1993), MALARET GARCÍA (1998), FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999), MEILÁN GIL (1968; 1997; 2005), FERNÁNDEZ FARRERES (2003), SOSA WAGNER (2004), MARTÍN REBOLLO (1983; 2005), RODRÍGUEZ ARANA (2005), MUÑOZ MACHADO (2006) y un largo etcétera.

³² Este primer sentido del concepto de servicio público es, sin embargo, el que se deduce del art. 106.2 de la Constitución para establecer el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

centrándonos en esa acepción de carácter prestacional, la doctrina ha empleado el concepto de servicio público con un alcance distinto en función de la consideración preferente de una perspectiva formal-subjetiva, o bien de una vertiente funcional-objetiva.

La noción formal, subjetiva y estricta de servicio público alude al conjunto de actividades prestacionales asumidas por o reservadas al Estado para satisfacer necesidades colectivas de interés general. A estos efectos, se ha de entender por reserva la “*publicatio*” de la correspondiente actividad con atribución de su titularidad a la Administración competente. Esta noción estricta se suele calificar como formal o subjetiva, precisamente, porque atiende de forma prioritaria a las características de la organización de la correspondiente prestación. Esto supone, en consecuencia, el establecimiento de situaciones de monopolio a favor de la Administración titular y la exclusión de la libre iniciativa privada. Esto no quiere decir que los particulares no puedan participar en esas actividades, sino que sólo pueden hacerlo mediante la gestión indirecta del servicio y previa concesión administrativa.

Frente a este concepto estricto, el concepto funcional, material u objetivo de servicio público asume que la reserva a favor de la Administración de un sector de actividad no implica necesariamente la monopolización del servicio en manos públicas. Muy al contrario, desde esta perspectiva se entiende que la reserva conlleva exclusivamente la habilitación de la Administración para regular e intervenir en dicho ámbito. Esta noción, como es evidente, da lugar a un concepto más amplio que el anterior. En este sentido, la reserva no impide la iniciativa empresarial en régimen de libre competencia, pues, incluso es posible que puedan concurrir la acción pública y la de los sujetos privados, sin perjuicio de que el régimen jurídico aplicable a unos y otros sea distinto (buenos ejemplos son la educación y la sanidad). En conclusión, la noción objetiva de servicio público se basa en una noción sustantiva o funcional que otorga preferencia a las características de la actividad, esto es, a un criterio material (la realización de una actividad de interés general) frente a cuestiones relativas a las características de la organización prestacional.

A pesar de las importantes diferencias, si algo puede decirse que es común a cualquiera de las nociones de servicio público, aparte de la garantía de la prestación a los ciudadanos, es la idea de legitimación de la acción de la Administración. Es, precisamente, esta característica la que permite construir el concepto de servicio público como mecanismo legitimador de la intervención pública o como título habilitante de potestades en ámbitos materiales ajenos hasta entonces a la acción pública. Sucede, eso sí, que esa habilitación ha sido considerablemente estrecha en el caso de las tesis orgánicas o subjetivas (hasta el punto de identificar-

se con la reserva de la actividad en régimen de monopolio) y muy amplia en las tesis funcionales u objetivas (hasta el punto de identificarse con la simple atribución legal de competencias). No es preciso señalar que el segundo posicionamiento ha permitido la calificación como servicio público de las actividades más diversas³³, algo que ha tenido especial trascendencia en el ámbito municipal con soporte de la jurisprudencia³⁴.

La polémica entre las dos acepciones de la categoría de servicio público subyace sin lugar a dudas en el espíritu del art. 1.2 de la Ley 2/1985 de protección civil. No es casualidad que en el momento en que fue aprobada la Ley la discusión acerca de la evolución de esta categoría, a la vista del art. 128 de la Constitución y algo más tarde de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), estuviera en un momento álgido. Apoyado por ese momento efervescente en la evolución del concepto de servicio público³⁵, cierta inercia doctrinal empuja al legislador a asumir un posicionamiento ideológico, que desde luego está detrás de aquella evolución³⁶, que ahora resurge en buena medida condicionado por el poder político³⁷, justificando declaraciones vacías que expresan esa clara intencionalidad ideológica y política³⁸. En definitiva, el art. 1.2 de la Ley 2/1985 es un ejemplo de la utilización táctica y coyuntural del concepto de servicio público con la finalidad de conseguir finalidades concretas (en nuestro caso, la estructuración del sistema multinivel de protección civil, bajo la coordinación estatal), pero las cuales ni justificaban, ni permitían entender, que la mera declaración o denominación como servicio público nos situara ante un verdadero servicio público³⁹.

³³ VILLAR EZCURRA (1980, p. 46 y ss.)

³⁴ Efectivamente, en el ámbito local el servicio público aparece vinculado a la idea de competencia, según establece el art. 85.1 de la LBRL, en virtud del cual “son servicios públicos los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”. Ahora bien, no todas las actividades económicas de los Municipios enumeradas en los arts. 25 y 26 de la LBRL han sido declaradas como reservadas a favor de la Administración, de lo que se deduce que el concepto de servicio local no atiende necesariamente a la idea de titularidad, de modo que la calificación de una actividad prestacional como servicio local, no excluye una prestación a través de la iniciativa privada. Véase al respecto, PAREJO ALFONSO (2004, p. 53 y 54) y ORTEGA BERNARDO (2006, p. 62 y ss.).

³⁵ En los años ochenta, aunque también antes, se publican algunos de los más influyentes trabajos en la dirección de superar la concepción estricta de servicio público mantenida entre otros por GARCÍA DE ENTERRÍA (1955), VILLAR PALASÍ (1950) o GARCÍA-TREVIJANO FOS (1973). Así, destacados trabajos como los de GARRIDO FALLA (1962; 1981), MARTÍN REBOLLO (1983) o BASSOLS COMA (1985), por sólo citar algunos ejemplos, contribuyen a superar aquella visión, luego seguida por la mayoría de la doctrina.

³⁶ BASSOLS COMA (1977, p. 31 y ss.) y MARTÍN REBOLLO (1983, p. 2496 y ss.).

³⁷ MEILÁN GIL (2005, p. 460).

³⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999, p. 60).

³⁹ ARIÑO ORTIZ (1993, p. 291 y 292).

No son muchos los trabajos que, aunque sea sólo tangencialmente, se pronuncian sobre la adecuación de la declaración de la protección civil como servicio público bajo cualquiera de sus acepciones. En cualquier caso, sólo de forma amplísima y muy matizada podría asumirse una conclusión tal⁴⁰. Es más, un repaso rápido de las características que han acompañado a la declaración de servicio público sólo permite decaer en el intento.

Desde una perspectiva estricta, es complicado admitir que el art. 1.2 de la Ley 2/1985 constituya una auténtica reserva de una actividad de prestación (en los términos del art. 128.2 de la Constitución). También es discutible admitir que dicha reserva suponga la titularidad del servicio a favor del Estado. Y más dudoso por último si cabe es afirmar que esa “*publicatio*” prevista *ex lege* supoga la asunción en régimen de monopolio de la actividad.

En cuanto a lo primero, porque es difícil encajar la protección civil en el concepto de servicio esencial de carácter económico al que se refiere el art. 128.2 de la Constitución⁴¹; y ello, por muy esenciales que las actividades de emergencias y protección civil puedan ser, porque, si así fuera, sería posible justificar que cualquier otra materia competencial con contenidos prestacionales (igual que otros de distinto cariz: potestades puramente soberanas de policía), pudiera ser declarada como “servicio público”. Esto, lógicamente, supondría asumir que el concepto de servicio público es equivalente al de competencia (lo que es bastante criticable, sobre todo, a la vista de la jurisprudencia en materia de servicios locales), y que, añadidamente, se superpone sobre cualquier actividad administrativa con independencia del tipo de potestades ejercibles (prestacionales y/o de autoridad o intervención), reconduciendo así la categoría a la máxima ampliación posible, esto es, al giro o tráfico de la Administración.

En cuanto a la eventual titularidad del servicio, la parte dispositiva de la Ley 2/1985 no confiere expresamente la misma al Estado. Sólo el preámbulo de la Ley afirma, como ya conocemos, que “la protección civil se concibe como un servicio público cuya competencia corresponde a la Administración civil del Estado

⁴⁰ Éste es el caso de OCHOA MONZÓ (1996, p. 140 y ss.). En este sentido, nos sumamos a la crítica de BARCELONA LLOP (2007, p. 128 y ss.).

⁴¹ Esa misma paradoja se pone de manifiesto en OCHOA MONZÓ (1996, p. 142 y 154), quien tras poner de relieve “la esencialidad de la protección civil como servicio” y añadir que esa “esencialidad” es predicable a todo servicio público con base en el art. 128.2 de la Constitución, no obstante, reconocer la mutabilidad que de aquella “esencialidad” ha sido mantenida por la doctrina, afirma, posteriormente, que la declaración de la protección civil como servicio público no puede decirse que encaje “en la perspectiva en que se expresa el artículo 128.2 CE ya que, difícilmente, la protección civil puede ser considerada un ‘servicio esencial’ ante su inexistente matiz económico”.

y, en los términos establecidos en la presente Ley, a las restantes Administraciones públicas”. Por su parte, aunque el art. 1.2 afirma que la protección civil es un servicio público, a continuación aclara que en su organización, funcionamiento y ejecución “participan las diferentes Administraciones públicas, así como los ciudadanos...”. Más tarde, el art. 2.1 dispone que “la competencia en materia de protección civil corresponde a la Administración civil del Estado y, en los términos establecidos en esta Ley, a las restantes Administraciones públicas”.

Respecto a esta cuestión, sin perjuicio de lo criticable que sería imputar tal consecuencia jurídica (la titularidad del servicio al Estado) en virtud de una declaración prevista en el preámbulo de la Ley⁴², lo cierto es que, como ya hemos tenido ocasión de mostrar, la eficacia normativa de los preámbulos les confiere “un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación” (STC 31/2010). Esa interpretación auténtica de la Ley 2/1985 podría permitir entender que cuando los arts. 1 y 2 de la Ley dicen lo que dicen, querían realmente decir que el servicio público de las actividades de protección civil era de titularidad estatal. Sin embargo, tampoco dicha interpretación permite concluir que ésa fuera la intención del legislador.

En primer lugar, ya lo hemos señalado, la declaración de servicio público se realiza con el fin de articular la organización dispersa de los servicios relacionados con la protección civil, con el ánimo de otorgar un protagonismo directivo a la Administración del Estado. Más allá de cómo luego se limitara esa pretensión por las sentencias del Tribunal Constitucional, el legislador estatal era consciente, en todo caso, de que las competencias en la materia correspondían a las tres Administraciones territoriales. Ya lo expresa así el art. 2.1 de la Ley, pero también la propia Exposición de Motivos donde, debemos recordar, se afirma que la organización de la protección no requiere la creación de servicios específicos, sino la coordinación, planificación y dirección de los distintos “servicios públicos relacionados”.

En otras palabras, una supuesta titularidad estatal del servicio público parecería contradecir las mismas palabras del legislador al reconocer la concurrencia de competencias en la materia. Por último, y ahora sí recuperando la trascendencia de la jurisprudencia constitucional, debemos insistir en que las SSTC 123/1984 y 133/1990 se encargan no sólo de reconocer las competencias propias de las CCAA en materia de protección civil, sino también de reformular de forma importante el protagonismo del Estado. Tanto es así, que la práctica administrativa ha demostrado que el rol del Estado es claramente secundario, lo

⁴² BARCELONA LLOP (2007, p. 127).

que, en última instancia, ha sido corroborado en los distintos Estatutos de Autonomía de “nueva generación”.

Por último, afirmar que el titular del servicio público de protección civil es el Estado sería contradictorio o al menos entraría en pugna con otras declaraciones legales del mismo legislador estatal de las que se podría pretender alcanzar, igualmente, conclusiones en torno a la titularidad del servicio. Nos referimos al art. 26.1.c) de la LBRL que establece que los Municipios de más de 20.000 habitantes deben prestar el servicio mínimo de protección civil. ¿Nos encontraríamos también ante un servicio de titularidad municipal (o que al menos puede serlo mediante la aplicación del art. 86 de la LBRL)? ¿Cómo se compatibilizan ambas declaraciones legales? Todo esto, lógicamente, no tiene sentido.

Finalmente, también es muy discutible que la reserva de la actividad de protección civil se haya realizado en régimen de monopolio⁴³. Se supone que ese monopolio debería ser estatal en coherencia con su presunta titularidad del servicio. Ahora bien, visto lo recién señalado sobre esta última cuestión, no parece necesario ahondar mucho más para refutar esta idea: es evidente que nos encontramos ante una materia compartida.

No es preciso decir que buena parte de las afirmaciones realizadas casan mejor con una concepción orgánica o subjetiva del concepto de servicio público, que con una acepción amplia, funcional u objetiva. Podríamos vernos, en tal caso, tentados a justificar la declaración del art. 1.2 de la Ley 2/1985 bajo los parámetros renovados de esta otra perspectiva. Sin embargo, en ese supuesto, habría que demostrar cómo la supuesta reserva a favor de la Administración de un sector de actividad no sólo no implica un monopolio de una determinada Administración titular (lo que ya hemos puesto de relieve que va de suyo), sino que tampoco conlleva la posible iniciativa de los particulares.

Desde esta perspectiva, habría que señalar que la supuesta reserva de la actividad en materia de protección civil excluye la “iniciativa” de los particulares⁴⁴.

⁴³ Así, OCHOA MONZÓ (1996, p. 156).

⁴⁴ OCHOA MONZÓ (1996, p. 157) afirma, a este respecto, que no parece discutible que esa participación de los ciudadanos “deba entenderse como una participación o actividad desnaturalizada, puesta *ex lege*, y en ningún caso como un reconocimiento a la posibilidad de una prestación similar por los mismos. Es decir, resulta obvio sin tener que acudir a fundamentos positivos, que los particulares no dirigirán nunca las actuaciones de protección civil, pero en la medida en que pueden y deben participar en la emergencia indirectamente sí realizan actividad de protección civil (...). Por ello no puede deducirse que existe ahí una actividad de protección civil dejada a la iniciativa de los particulares”.

Sólo de forma anómala podría referirse en esta materia una afirmación tal. En primer lugar, porque, como se pondrá de relieve a continuación, la protección civil implica, en muchos casos, el ejercicio de autoridad, lo que, lógicamente, supera la posible iniciativa particular. Segundo, porque aunque la participación de los ciudadanos está prevista, en todo caso, se produce como manifestación de dirección y control público. Nos referimos aquí no sólo al deber ciudadano de participar en las labores que le pudieran ser requeridas por la autoridad pública (arts. 1.2 y 4.1º, 2º y 4º), sino también a la consideración de “colaboradores en la protección civil” a los servicios de vigilancia, protección y lucha contra incendios de las empresas privadas (art. 4.5), del mismo modo que a la autoprotección como pilar clave de la protección civil (art. 6). Actividades todas ellas que no se llevan a cabo bajo un régimen de concesión, ni mucho menos, pero tampoco bajo un régimen autorizador de intervención, ni siquiera bajo un régimen de certificación de la idoneidad técnica para la prestación del servicio: son obligaciones legales directamente imputables a los particulares, cuyo cumplimiento queda sometido al control de la Administración competente. Aquí no hay iniciativa particular, sino deber jurídico e intervención administrativa.

En el único aspecto que cabría hablar de colaboración privada sería en la gestión de los específicos servicios relacionados con la protección civil, pues aquí, lógicamente, la Administración puede acudir a los mecanismos de gestión indirecta. Ahora bien, no se puede en puridad tomar la parte por el todo, para explicar la calificación jurídica de la protección civil como un único e integrador servicio público.

También desde aquella perspectiva funcional-objetiva sería preciso ahondar sobre la idea clave que subyace bajo los moldes teóricos de ese posicionamiento: la preferencia definitoria otorgada a las características de la actividad, esto es, a la realización de una actividad prestacional-asistencial de interés general. Sin embargo, en el supuesto de la protección civil esta aproximación se quiebra por dos motivos. El primero, porque aislar la actividad prestacional en que consiste la protección civil como un todo no es posible, más allá de la identificación de la que realizan los distintos “servicios relacionados”⁴⁵.

A todo ello habría que añadir que esas conclusiones se confirman a la vista de las facultades que el ejercicio de las competencias en la materia requiere. Consi-

⁴⁵ El propio OCHOA MONZÓ (1996, p. 160 y 168), precisamente, al intentar delimitar el elemento objetivo del servicio público de protección, afirma que es “imposible su delimitación exacta” y concluye que “en España, en suma, no es identificable exactamente el objeto de la protección civil”, más allá de una genérica “función concreta de prevención de riesgos”, en la que, habría que añadir, no sólo concurren actividades prestacionales.

derando, sobre todo, el momento en que es aprobada la Ley de protección civil en 1985, es difícil justificar que una actividad que por su propia naturaleza requiere el ejercicio de los que se han dado en llamar “poderes soberanos”, fuera calificada como un servicio público⁴⁶, sino es porque detrás de esa calificación existía una justificación más política e ideológica que de cualquier otro tipo.

Finalmente, dos últimas consideraciones. La primera es un mero recordatorio y tiene que ver con la paradójica declaración de un gran servicio público de servicios públicos de distintas Administraciones y la habitual declaración de nuevos servicios públicos en materia de emergencias dentro o en los aledaños de la materia protección civil. Aquí nos remitimos a nuestras reflexiones realizadas páginas atrás.

La última cuestión a puntualizar tiene que ver con un eventual paralelismo entre los principios de continuidad y regularidad que caracterizan a la prestación de todo servicio público, con la idea de “servicio” permanente de protección civil que se acoge en el art. 1.1 de la Ley 2/1985: “La acción permanente de los poderes públicos, en materia de protección civil...”⁴⁷. Sin embargo, no se puede decir que ambas nociones respondan a una misma idea, aunque no se puede excluir que pudiera existir alguna intención por parte del legislador de hacerlas confluir. En mi opinión, sin embargo, la noción de “permanencia” del art. 1.1 de la Ley 2/1985 tiene que ver con la necesidad de constituir una superestructura coordinada de servicios de distinta titularidad. De hecho, aquello que permanece más allá de las situaciones catastróficas y de emergencia son tanto los centros directivos de coordinación, como la planificación en la materia, de los que sólo de forma muy generosa podría decirse que constituyen una actuación prestacional, así como todos los servicios relacionados con la protección civil que, fuera de las situaciones en los que son movilizados, siguen el desarrollo habitual de su actividad. Para ser exactos cabría decir que mientras la permanencia se predica de los primeros (centros directivos, planeamiento...), la regularidad y la continuidad se predicen respecto de los segundos (“servicios relacionados”).

No podemos cerrar estas reflexiones sin aludir al que podríamos calificar como último escalón en la evolución del concepto de servicio público. Ya avanzamos páginas atrás el efecto determinante que el Derecho Europeo ha ejercido también en esta categoría clave del Derecho Administrativo. Efectivamente, en

⁴⁶ Esa misma contradicción es puesta de relieve por OCHOA MONZÓ (1996, p. 156). La definición clásica de servicio público como actividad técnica y prestacional en la que es ajeno el ejercicio de potestades de *imperium* es común en la doctrina ya clásica [véase, por ejemplo, ARIÑO ORTIZ (1979, p. 546) y (1993, p. 294) y LÓPEZ PELLICER (1973, p. 269)].

⁴⁷ Así, OCHOA MONZÓ (1996, p. 157).

las últimas décadas, el concepto de servicio público ha sido objeto de una profunda transformación debido al proceso de liberalización emprendido en el seno de la Unión Europea, en virtud de las exigencias derivadas de la constitución de un mercado interior y, por ello, de la eliminación de restricciones a la libre competencia. El concepto de “servicios de interés económico general”, previsto en el antiguo art. 86.2 del Tratado de la Comunidad Europea (art. 106 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴⁸), permite superar cualquier visión reduccionista que pudiera quedar instalada en el seno del ordenamiento de los Estados miembros acerca de la categoría de servicio público⁴⁹.

Este concepto supone una revisión del concepto de servicio público que se ajusta al fenómeno de la prestación de servicios esenciales por entidades mercantiles con obligación de prestar servicios a todos los ciudadanos (servicios universales). Se habla entonces de “obligaciones de servicio público” como determinados deberes que se imponen a los prestadores de esos servicios esenciales, por medio de los cuales se establece y garantiza un régimen especial de “accesibilidad universal, igualdad, calidad, regularidad o ciertas mejoras en los precios”. Este fenómeno afecta, lógicamente, al papel de las Administraciones en materia de servicio público, pasando de ser prestadoras de servicios a asumir principalmente funciones de regulación y de garantía de la existencia y calidad de los servicios.

No se puede negar que este concepto recuerda bastante a la noción material, funcional u objetiva de servicio público; ahora bien, lo cierto es que es omnicomprendensiva, igualmente, de la noción subjetiva, orgánica o estricta, pues el amplio concepto de “servicios de interés económico general” no excluye la posibilidad de reservas incluso en régimen de monopolio (art. 106.2 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Esto mismo se confirma a la vista del Protocolo n° 26, en el que se reconoce una amplia discrecionalidad de las autoridades competentes de cada Estado miembro para organizar y prestar tales servicios.

¿Cómo afecta la noción de “servicios de interés económico general” a la declaración del art. 1.2 de la Ley 2/1985? Debemos recordar, en primer lugar, que

⁴⁸ No es la única referencia, pues también el art. 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea alude a los “servicios de interés económico general” (antiguo art. 16 del Tratado de la Comunidad Europea). Actualmente, además, se ha de citar el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el ya mencionado Protocolo n° 26 sobre “Servicios de interés general”.

⁴⁹ Al respecto, aparte de un material doctrinal cada vez mayor, pueden consultarse varios documentos cruciales para el buen entendimiento de esta cuestión: la Comunicación de la Comisión Europea “Los servicios de interés general en Europa”, de 26 de septiembre de 1996; el Libro Verde sobre los Servicios de Interés General COM (2003) 270 final; y la Comunicación de la Comisión Europea “Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno, servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo”, COM (2007) 725 final.

el concepto de “servicios de interés económico general” es un concepto finalista que permite converger la disparidad de regímenes jurídicos en el seno de la Unión Europea (“*publicatio*” y régimen exorbitante *versus* “*public utilities*” y regulación de la actividad privada). En segundo lugar, se ha de tener en cuenta que la calificación de “interés general” de las actividades de interés económico tiene una directa relación con los principios de solidaridad e igualdad de trato, es decir, con la necesidad de satisfacer los derechos y necesidades de todos los usuarios (“obligaciones de servicio público”). Así se pone de relieve en el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como en el Protocolo n° 26 sobre “Servicios de interés general”⁵⁰.

Ambas consideraciones permiten entender que el concepto de “servicios de interés económico general” no sólo tiene un objetivo específico, sino que además goza de la suficiente flexibilidad como para admitir dentro de la homogeneización o convergencia conceptual, una diversidad de categorías que permitan a su vez mantener las bases dogmáticas de los sistemas jurídicos de los distintos Estados europeos. Esto, desde la perspectiva que analizamos aquí, supone una localización no conflictiva, pero al mismo tiempo variable, de la protección civil y de sus servicios relacionados en el seno de las actividades consideradas por aquel concepto del Derecho Europeo.

Téngase en cuenta, en este sentido, que en el ámbito comunitario cabe distinguir tres categorías de actividades⁵¹ que se han perfilado definitivamente en los últimos años con el reconocimiento de los “servicios de interés general no económico” en los términos del citado Protocolo n° 26: 1° Primero, las actividades económicas ordinarias (art. 86.1 del TCE, vigente art. 106.1 del TFUE), a las que son aplicables íntegramente las reglas del mercado interior y, por ello, también las relativas a la libre competencia, con independencia de quienes lleven a cabo tales actividades, ya sean entidades públicas, ya privadas; 2° En segundo lugar, las actividades de interés económico general (art. 86.2 del TCE, art. 106.2 del Tratado vigente), que debido a la “misión de interés general” que les caracteriza, pueden ser prestados tanto por la iniciativa privada mediante la imposición de “obligaciones de servicio público”, como la exclusión de toda iniciativa mediante la reserva en régimen de monopolio de la actividad. Aquí, trasladando esta categoría al objeto de nuestro análisis, pueden incluirse buena parte de los servicios

⁵⁰ Esto mismo se constata en la evolución sufrida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como afirman PAREJO ALFONSO (2004, p. 57 y ss.), SOSA WAGNER (2004, p. 92 y ss.), FEERNÁNDEZ GARCÍA (2004, p. 70 y ss.), RODRÍGUEZ ARANA (2005, p. 387 y ss.).

⁵¹ PAREJO ALFONSO (2004, p. 57). Igualmente, LAGUNA DE PAZ (2009, p. 42).

específicos que son considerados “servicios relacionados” con la protección civil, pero no la protección civil como un todo; 3º) Por último, y éste es el grupo de actividades que ahora nos interesa, hay que diferenciar las actividades de interés general no económico (excluidas del art. 86 del TCE, art. 106 del TFUE), aquellas a las que no son de aplicación las normas del mercado interior. A este respecto, el Protocolo nº 26 señala que las disposiciones de los Tratados “no afectan de ninguna manera a la competencia de los Estados miembros relativos al suministro, la puesta en servicio y organización de servicios no económicos de interés general”. En esencia, dentro de esos “servicios de interés general no económico” cabe incluir tanto a los servicios sociales, como a los sanitarios, así como a todas aquellas actividades que impliquen el ejercicio de funciones públicas en sentido estricto (ejercicio de poder soberano).

En definitiva, el concepto de “servicios de interés económico general” no puede servir para sobreponerse sobre otros conceptos jurídicos que describen otras formas de actuación administrativa que ni antes, ni ahora pueden categorizarse como una actividad prestacional de interés económico general. Así pues, volviendo al objeto de nuestro análisis, cabe afirmar que más allá de los servicios relacionados con la protección civil, que sí pueden ser auténticos servicios públicos de interés económico general, la protección civil es una función pública en la que las Administraciones públicas ejercen facultades de carácter coercitivo.

2.2. La protección civil es también una función pública caracterizada por el ejercicio de competencias y facultades específicas

La doctrina, la legislación y la jurisprudencia española han empleado el concepto de función pública elaborado por la doctrina italiana⁵² para referirse a las actividades que entrañan ejercicio de autoridad, esto es, aquellas que se ejercen mediante técnicas limitativas o coercitivas, o lo que es lo mismo, mediante técnicas de intervención o policia⁵³.

⁵² Para ZANOBINI (1958, p. 17 y ss.) la noción de “función pública” constituye una forma superior de manifestación de la actividad de la Administración. En concreto, considera que la función representa siempre el ejercicio de una potestad pública entendida como ejercicio de poder de soberanía. Sobre este concepto, también, GIANNINI (1981, p. 537 y ss.), ALESSI (1978, p. 8 y ss., y 297 y ss.), CASSESE (1994, p. 103 y ss.).

⁵³ Así, por ejemplo, GARCÍA-TREVÍJANO FOS (1973, p. 20 y ss.), ARIÑO ORTIZ (1993, p. 294 y ss.), GARRIDO FALLA (1994, p. 11 y ss.), MALARET GARCÍA (1998, p. 69 y 77), GALLEGO ANABITARTE (2003, p. 13 y 14)

En algunas materias, incluso, esa misma categoría ha sido utilizada como sinónimo del concepto de competencia, no obstante ser un exceso conceptual, ya que no todas las facultades administrativas ejercidas en esas materias son necesariamente de carácter coactivo. En cualquier caso, el motivo de esa ampliación es justificar el ejercicio de poder público mediante la intervención administrativa en la esfera de los derechos de los ciudadanos. Los mejores ejemplos son sin duda la ordenación del territorio y el urbanismo. En este sentido, no existe prácticamente una sola Ley autonómica en esas materias que no haga alusión a la noción de ordenación del territorio y urbanismo como funciones públicas.

Como señalábamos, en estas materias competenciales, a pesar de la expresa calificación como funciones públicas, es evidente que pueden diferenciarse varias formas de actuación administrativa, no obstante tener que reconocer que buena parte implican el ejercicio de poder público o de *imperium*. En otras palabras, la competencia en estas materias puede ser netamente de intervención, pero puede incluir otras manifestaciones de la trilogía clásica: policía, fomento, servicio público⁵⁴.

Algo similar sucede en el caso de la protección civil, pero no bajo el “paraguas” del concepto función pública, sino de la categoría de servicio público: se trata de una materia competencial en la que las Administraciones competentes no sólo prestan servicios, sino también ejercen poderes coactivos de intervención sobre los ciudadanos. Aquí también cabe llegar a la conclusión de que la Ley 2/1985 empleó la categoría de “servicio público” para calificar al todo (a toda la competencia en la materia) con la finalidad, al contrario de lo que sucede con la ordenación del territorio y el urbanismo, de recalcar su vertiente prestacional, o mejor, con la idea de recalcar la noción de superestructura coordinada y permanente de servicios, no obstante no poderse negar la existencia de una vertiente de intervención que es fundamental, o lo que es lo mismo, de una función pública en el sentido original del concepto.

Esta afirmación podría verse criticada a la vista de otras previsiones legales. Nos referimos nuevamente al art. 26 de la LBRL. Como es bien sabido, en línea con la tradición legislativa de nuestra legislación sobre régimen local, la LBRL da un paso más en la concreción de ámbitos en los que deben ser ejercidas las competencias locales, mencionando los que denomina como “servicios mínimos”. Entre tales servicios se encuentra, aunque sólo para Municipios de más de 20.000 habitantes, la protección civil [art. 26.1.c)]. Con base en esa calificación legal po-

⁵⁴ En este sentido, y aunque los ejemplos puedan ser muchos más, recuérdese, por ejemplo, que la Exposición de Motivos del vigente Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, califica a la urbanización como un servicio público.

dría tratar de afirmarse que la protección civil es también, desde esta perspectiva, un servicio cuyo tratamiento jurídico no es equiparable al urbanismo, pues si bien es cierto que tanto esa materia como la protección civil aparecen en el listado de materias en las que los Municipios pueden ejercer sus competencias [letras c) y d) del art. 25.2]⁵⁵, sólo la protección civil es mencionada como servicio mínimo. Dicho de otra manera, cabría afirmar que si bien el urbanismo podría ser calificado como una competencia compleja que acoge diversas funciones administrativas, la protección civil, sin embargo, sería una competencia que se concretaría en funciones prestacionales o de servicio público.

No se puede admitir esta conclusión. Ha sido nota común entre la doctrina considerar que el art. 26.1 de la LBRL acoge una serie de responsabilidades-competencias propias que lo son en todo caso *ex Ley básica*⁵⁶. Verdaderas competencias caracterizadas por la especificidad de su atribución, así como por su obligatoriedad⁵⁷. Ahora bien, del mismo modo que la mayoría doctrinal no duda en reconocer que el art. 26 atribuye directamente competencias a los Municipios, también es opinión general que existen al menos dos menciones que, en primer lugar, no pueden identificarse con un servicio público⁵⁸ y, en segundo lugar, por la amplitud de su mención, no dejan de ser verdaderas materias competenciales. En concreto, las dudas de la doctrina se han centrado, precisamente, en las

⁵⁵ El Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local modifica el art. 25.2. Las referencias al urbanismo y a la protección civil aparecen en las letras a) y f), respectivamente.

⁵⁶ PAREJO ALFONSO (1986, p. 61) en relación con el art. 26 LBRL afirma que la LBRL “prefigura” un concreto espacio competencial de carácter nuclear y que considera como responsabilidades-competencias propias *ex LBRL*. Prefiguración, que no excluye una ulterior precisión del sistema. Opinión extendida entre la mayoría doctrinal, así, por ejemplo, ENTRENA CUESTA (1995, p. 204-205), PARADA VÁZQUEZ (1993, p. 205), MIR BAGO (1991, p. 311), RIVERO YSERN (2003, p. 191).

En favor de esta interpretación se muestra el mismo art. 26.3, que califica a estos servicios como servicios públicos mínimos, y el art. 42.4 de la LBRL, que expresamente señala que los Municipios no podrán verse privados del ejercicio de la “competencia de prestar los servicios enumerados en el art. 26” para el supuesto de creación de Comarcas por Ley autonómica. Del mismo modo, el art. 18.1.g) de la LBRL, que se refiere a la posibilidad de que los vecinos exijan “la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio”, quedando claro que se refiere a los servicios obligatorios del art. 26.

⁵⁷ Dentro de esta opinión también se ha incluido el propio Tribunal Constitucional. La STC 214/1989, de 21 de diciembre (FJ 3.a), afirma que dicho precepto especifica “para los Municipios los servicios que en todo caso deberán prestar”; igualmente, con posterioridad afirma (FJ 13.c) que el mínimo competencial fijado por el legislador estatal se concreta “en la competencia para prestar los servicios que enumera el art. 26 de la Ley”.

⁵⁸ Siendo objetivos, cabría trasladar esas mismas dudas a otras referencias de la Ley, vista la heterogeneidad de la relación material del art. 26. Así, frente a menciones tan concretas como “cementerio” o “mercado”, aparecen otras como “protección civil”, “prestación de servicios sociales”, “protección del medio ambiente”, que no pueden ser equiparables al menos en la amplitud de la mención y, por tanto, en el ámbito de su contenido.

menciones a la protección civil y a la protección del medio ambiente del art. 26.1, menciones que resultan ser igual de amplias que las que realiza el art. 25.2 [letras c) y f) respectivamente]⁵⁹.

Las preguntas, a este respecto, son claras: ¿Qué servicios públicos son éstos?, o mejor, ¿cuántos servicios públicos pueden incluirse dentro de estas expresiones legales? La doctrina suele entender que, a pesar del art. 26.1 de la LBRL, nos encontramos ante auténticas materias en las que cabría prestar cuantos servicios públicos afectasen a los intereses locales y, por ello, pudieran atribuirse a la competencia municipal⁶⁰. Lógicamente, esto no excluye, en cuanto materia competencial, que aparte de tales servicios, la Administración competente pueda realizar otras funciones públicas de estricta intervención.

¿Cuál fue entonces la intención del legislador al utilizar el concepto de servicio mínimo? La intención de la Ley fue establecer una garantía de la prestación de ciertos servicios básicos más que una garantía competencial en favor de los Municipios⁶¹. Ahora bien, insistimos en que esto no quiere decir que esas competencias se limiten a la prestación de servicios, ni que, lógicamente, excluyan la competencia de otras Administraciones ya de carácter prestacional, ya de intervención, ya programadora o planificadora⁶².

Hecho este excursus, parece que las diferencias entre protección civil (calificada legalmente como servicio público) y la ordenación del territorio y el urbanis-

⁵⁹ El Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local matiza el listado de materias del art. 25.2, pero se mantienen algunas referencias materiales amplias en las letras a), b) o f).

⁶⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1995, p. 52) o BALLESTEROS FERNÁNDEZ (1998, p. 252). ORTEGA ÁLVAREZ (1988a, p. 59-60 y 79 y ss.; y 1988b, p. 167 y 168) se plantea si el art. 26.1 de la LBRL atribuye verdaderas competencias, llegando a la conclusión de que en casos como el servicio de protección civil, en Municipios con más de 20.000 habitantes, o el de protección del medio ambiente, en Municipios con más de 50.000, la previsión legal es tan genérica que no puede entenderse que el legislador básico haya atribuido una competencia en sentido estricto, sino que ha delimitado una materia sobre la cual, cuando el legislador sectorial atribuya la competencia, se produce un ejercicio obligatorio de la misma; yendo aún más lejos, califica de error la calificación legal de esas materias como servicios (1998a, p. 81).

⁶¹ TORNOS MAS (1990, p. 26) afirma que el art. 26 debe vincularse con el art. 18.1.g) LBRL, que articula un mecanismo jurídico para que el ciudadano pueda hacer realidad los derechos de prestación frente a la Administración.

⁶² De hecho, la funcionalidad del art. 26 es determinar un nivel de prestación que *a priori* puede ser el más adecuado, pero esto no significa que deba serlo en todo caso. No en vano, el mismo art. 26 se encarga de mostrar que la prestación de los servicios puede llevarse a cabo en distintos niveles: mediante asociación de Municipios (apartado 1º), la dispensa de la prestación de los servicios (apartado 2º) y la consiguiente atribución de competencias a otro nivel administrativo superior (competencias de colaboración de las Diputaciones). Todo ello, obviamente, sin excluir cuantas competencias correspondan a niveles territoriales superiores (Estado y CCAA).

mo (calificadas como funciones públicas) no son tantas, más allá de la lógica distinción del objeto de cada competencia. De hecho, las definiciones legales que suelen realizarse de la ordenación del territorio y el urbanismo como funciones públicas podrían servir, con los matices obvios necesarios, para la protección civil. En algunos casos, las Leyes autonómicas mencionan todas las facultades que conllevan esas funciones públicas: planificación, organización, dirección y control (...), sin perjuicio de su atribución a niveles administrativos distintos⁶³. No hace falta decir que algo parecido es predicable de la protección civil, incluido la compartición competencial, no obstante faltar una mención expresa a la coordinación, así como a la prestación de servicios.

Por otra parte, en otras Leyes autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo, las Leyes se limitan a señalar que la actividad urbanística constituye una función pública cuya titularidad y responsabilidad corresponden, en los respectivos ámbitos de competencia, a la Administración autonómica y a las entidades locales⁶⁴. Salvo por la omisión del Estado, esto también es predicable de la protección civil, pues recalca como en todo caso la actividad en la materia ha de estar bajo la dirección y control público, sin perjuicio de la participación de los ciudadanos.

Este ejercicio comparativo permite demostrar cómo si la Ley 2/1985 hubiera optado por calificar a la protección civil como “función pública” y no como “servicio público” el resultado hubiera sido mucho más satisfactorio. No obstante, tampoco hubiera sido correcto si con ello se hubiese pretendido aplicar un significado estricto del concepto (ejercicio de facultades de intervención), pues la vertiente prestacional de la protección civil, siendo tan importante, hubiera quedado enmascarada. La conclusión parece lógica: las competencias en materia de pro-

⁶³ Con los matices evidentes, por ejemplo: art. 2 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León; art. 2.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; art. 2 del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha; art. 2 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, de ordenación del territorio y suelo de Extremadura; art. 2 de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra; art. 1.2 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña; art. 2 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo del País Vasco; art. 2 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón.

⁶⁴ Salvando las obvias diferencias: art. 6 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo de Asturias; art. 2 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido en materia de ordenación del territorio y espacios naturales protegidos de Canarias; art. 4 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación del territorio, urbanismo y suelo de Cantabria; art. 4 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja; art. 3 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística de la Comunidad Valenciana.

tección civil tienen una vertiente orgánica (competencia compartida...) que se articula mediante su vertiente funcional (coordinación, planificación...) y que se concreta en el ejercicio de autoridad y en la prestación de servicios. La competencia en materia de protección civil es función pública y “servicios públicos”.

3. CONCLUSIONES

La protección civil no es, en sentido estricto, un servicio público de titularidad estatal, a pesar del tenor literal del art. 1.2 de la Ley 2/1985, y ello es así, sea cual fuere la noción de servicio público que se tomara como referencia. Muy al contrario, la idea de servicio en la Ley es empleada con un cariz ideológico-político que tiene mucho que ver con el estado de la cuestión en torno al concepto de “servicio público” en el momento en que fue aprobada la Ley 2/1985. Por otra parte, la configuración como un servicio público de la materia protección civil tiene directa relación con la intención de establecer un sistema permanente, coordinado y multinivel de servicios relacionados con esta materia. Idea orgánica, en la que la noción de prestación en realidad sólo se concreta en los distintos servicios que son coordinados y que gozan de titularidad diversa, pero que, en ningún caso, puede ocultar que la protección civil es también una función pública donde la intervención de la administración puede exigir recurrir a medidas coercitivas y de limitación que, en buena medida, son el resorte final para dar cumplimiento a las necesidades que surjan en cada situación catastrófica.

La protección civil es, pues, una materia compartida en la que las distintas Administraciones pueden ejercer distintas funciones. Se trata, lógicamente, de una competencia que se concreta en distintos servicios públicos de titularidad multinivel, pero que del mismo modo incluye el ejercicio evidente de facultades que entrañan ejercicio de autoridad (una función pública, en la afección original del término). Facultades que, en todo caso, requieren la dirección y control público, sin perjuicio de la colaboración privada⁶⁵. Es, por tanto, una competencia compartida y multifuncional, donde las funciones de dirección, coordinación y planificación gozan de una importancia clave para estructurar el entramado inter-operativo y multinivel de la acción administrativa⁶⁶, pero que fuera de esa la-

⁶⁵ BARCELONA LLOP (2007, p 130).

⁶⁶ En este sentido, MENÉNDEZ REXACH (2011, p. 53), quien a pesar de afirmar que la protección civil “es una función de los poderes públicos (‘servicio público’, en la acepción amplia de esta expresión)”, concluye afirmando que es “en sustancia, una competencia de coordinación con una doble proyección: horizontal, sobre los servicios sectoriales implicados (salud, incendios, tráfico, etc.) y vertical, sobre los distintos niveles administrativos (estatal, autonómico y local)”. La misma idea se deduce de las palabras de MARTÍN MATEO (1992, p. 665).

bor organizativa y planificadora se concreta en el ejercicio de autoridad y la prestación de servicios: funciones públicas y servicios públicos.

4. BIBLIOGRAFÍA

ALESSI, R. (1978): *Principi di Diritto Amministrativo. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, Milán: Giuffrè Editore.

ALEXY, R. (1997): *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ARIÑO ORTIZ, G. (1979): El servicio público como alternativa, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 29.

– (1993): *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid: Marcial Pons.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. (1998): *Manual de Derecho local*, Granada: Comares.

BARCELONA LLOP, J. (2007): *La protección civil municipal*, Madrid: Iustel.

BASSOLS COMA, M. (1977): Servicio público y empresa pública: Reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales, *Revista de Administración Pública* núm. 84.

– (1985): *Constitución y sistema económico*, Madrid: Tecnos.

CASSESE, S. (1994): *Las Bases del Derecho Administrativo*, Madrid: INAP.

DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. (1994): Jurisprudencia constitucional sobre el principio de cooperación, *Documentación Administrativa* núm. 240.

ENTRENA CUESTA, R. (1995): *Curso de Derecho Administrativo. Organización Administrativa*, Madrid: Tecnos.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1985): Sobre la distribución de competencias en materia de seguridad pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de la jurisprudencia de conflictos del Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 14.

– (2003): El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía, *Justicia Administrativa* núm. 18.

FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. (2004): El servicio público en el Derecho de la Unión Europea, *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 7.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1999): Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy, *Revista de Administración Pública* núm. 150.

FORSTHOFF, E. (1958): *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

GALLEGO ANABITARTE, A. (2003): Estudio Preliminar. Actividades y servicios municipales. Competencia municipal general o según Ley. Una controversia, en ORTEGA BERNARDO, J., Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales antes la gestión de los residuos urbanos, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): La actividad industrial y mercantil de los Municipios, *Revista de Administración Pública* núm.17.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (1973): *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid: EDERSA.

GARRIDO FALLA, F. (1962): *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

– (1981): El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 29.

– (1994): El concepto de servicio público en Derecho español, *Revista de Administración Pública* núm. 135.

GIANNINI, M. S. (1981): *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milán: Giuffrè Editore.

IZU BELLOSO, M. J. (2009): De la protección civil a la gestión de emergencias. La evolución del marco normativo, *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 35.

LAGUNA DE PAZ, J. C. (2009): *Servicios de interés económico general*, Cizur Menor: Thomson-Civitas.

LÓPEZ PELLICER, J. A. (1973): Servicio público municipal y actividades particulares de interés público, *Revista de Estudios de la Vida Local* núm. 178.

MAGRO SERVET, V. (1998): La Policía autonómica en el marco global de los Cuerpos de Policía”, *Revista Valenciana D’Estudis Autònomic*s núm. 35.

MALARET GARCÍA, E. (1998): Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto, *Revista de Administración Pública* núm. 145.

MARTÍN MATEO, R. (1992): *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. II, Madrid: Trivium.

MARTÍN REBOLLO, L. (1983): De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos, funcionalidad técnica, *Revista de Administración Pública* núm. 100-102.

– (2005): Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras, CIENFUEGOS SALGADO, D., y RODRÍGUEZ LOZANO, L. G. (coords.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1995): Administración local y medio ambiente, en ESTEVE PARDO, J. (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Madrid: Civitas.

MEILÁN GIL, J. L. (1968): *La cláusula de progreso de los servicios públicos*, Madrid: IEA.

– (1997): El servicio público como categoría jurídica, *Cuadernos de Derecho Público* núm. 2.

– (2005): El servicio público en el contexto constitucional y comunitario, en CIENFUEGOS SALGADO, D., y RODRÍGUEZ LOZANO, L. G. (coords.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

MENÉNDEZ REXACH, A. (1994): La cooperación, ¿un concepto jurídico?, *Documentación Administrativa* núm. 240.

– (2011): Concepto de protección civil. Distribución de competencias, en MENÉNDEZ REXACH, A. (dir.) *Protección civil y emergencias: Régimen jurídico*, Madrid: La Ley.

– (2011b): Introducción. Las raíces del concepto de protección civil, en MENÉNDEZ REXACH, A. (dir.) *Protección civil y emergencias: Régimen jurídico*, Madrid: La Ley.

MIR BAGO, J. (1991): *El sistema español de competencias locales*, Madrid: Marcial Pons.

MUÑOZ MACHADO, S. (2006): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Madrid: Iustel.

OCHOA MONZÓ, J. (1996): Riesgos mayores y protección civil, Madrid: Mac Graw-Hill.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1988a): *El régimen constitucional de las competencias locales*, Madrid 1988.

– (1988b) Los principios constitucionales sobre el régimen local y su aplicación a las competencias locales, *Revista de Administración Pública* núm. 117.

ORTEGA BERNARDO (2006): Competencias, servicios públicos y actividad económica de los Municipios, *Revista de Administración Pública* núm. 169.

PARADA VÁZQUEZ, R. (1993): *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, Madrid: Marcial Pons.

PARAJEJO ALFONSO, L. (1986): La Autonomía Local, *Revista Española de Administración Local y Autonómica* núm. 229.

– (2004): Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros, *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 7.

RIVERO YSERN, J. L. (2003): *Manual de Derecho Local*, Madrid: Thomson-Civitas.

RODRÍGUEZ ARANA, J. (2005): Servicio público y Derecho comunitario europeo, *Revista Catalana de Derecho Público* núm. 31.

SOSA WAGNER, F. (2004): Los servicios públicos en Europa, *Revista de Derecho de la Unión Europea* núm. 6.

TORNOS MAS, J. (1990): Competencias municipales para la ordenación y gestión de los servicios públicos, *Revista Española de Administración Local y Autonómica* núm. 245.

VILLAR EZCURRA, J. L. (1980): *Servicio público y técnicas de conexión*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

VILLAR PALASÍ, J. L. (1950): La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo, *Revista de Administración Pública* núm. 3.

ZANOBINI, G. (1958): *Corso di Diritto Amministrativo*, Milán: Giuffrè Editore.

Derecho sancionador y patrimonio público: estudio comparado de los ámbitos estatal y andaluz (autonómico y local)

M^a Dolores Rego Blanco

Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. FUENTES REGULADORAS DEL DERECHO SANCIONADOR EN MATERIA DE BIENES PÚBLICOS: REPARTO COMPETENCIAL Y CARÁCTER ADJETIVO DEL DERECHO SANCIONADOR. III. CLASES DE BIENES PÚBLICOS A LOS QUE OTORGA PROTECCIÓN LA POTESTAD SANCIONADORA. IV. LA SUSTANTIVIDAD DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PATRIMONIAL A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA POTESTAD SANCIONADORA: 1) Principio de legalidad; 2) Principio de tipicidad. a) La tipificación de infracciones. b) La tipificación de sanciones; 3) Principio de proporcionalidad; 4) Principio de prescripción de infracciones y sanciones. a) La determinación del plazo de prescripción . b) La fijación del dies a quo del plazo de prescripción . V. UNA REFLEXIÓN FINAL. VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El análisis doctrinal de la potestad sancionadora en la legislación general sobre patrimonio público ha sido eclipsado por el protagonismo otorgado en este ámbito a otras potestades administrativas¹ identificadas por la Ley como potestades para la protección del dominio público (recuperación de oficio, de investi-

¹ Mientras que sería inconcebible que un trabajo sobre el régimen jurídico de los bienes públicos omitiera el análisis de las potestades de protección del patrimonio público, con cierta frecuencia se detectan estudios de calidad que no aborda el examen del derecho administrativo sancionador en esta materia, como ocurre, por ejemplo, en HORGUÉ BAENA (Coord.): *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*,

gación, de deslinde o de desahucio). Un cúmulo de circunstancias puede explicar ese escaso interés de los autores por el derecho sancionador patrimonial, entre las que cabe incluir desde la falta de atención por parte del legislador, que no siempre la ha abordado², o, no lo ha hecho con esmero³; hasta el poco uso (por no decir, dejación) que parece haber hecho la Administración de esta potestad como mecanismo de protección de su patrimonio⁴, salvando los casos en que existe una legislación patrimonial especial de carácter sectorial (costas, aguas, carreteras, etc.). También incide en la situación que describimos el importante solapamiento que se produce en esta materia con la **protección jurídico-penal del patrimonio público** (delitos de usurpación, delitos y faltas de daños, etc)⁵, junto con

Iustel, 2007; GALLARDO CASTILLO, M.J.: *El Derecho de Bienes de las entidades Locales. Teoría y práctica jurisprudencial*. Ed. La ley-El Consultor, 2007.

² En el ámbito estatal, cabe hablar de una desatención no ya cualitativa, sino absoluta hasta la Ley 33/2003, pues, como ha puesto de manifiesto la doctrina, el título IX de la Ley (“Régimen sancionador”) es una de las novedades de la Ley, frente a su antecesora, la Ley de Patrimonio del Estado, aprobada como texto articulado por el Decreto 1022/1964. Esta Ley se limitaba a prever sanciones por incumplir el deber de colaborar en la defensa de los bienes y derechos del patrimonio del Estado; deber que hacía pesar sobre autoridades, funcionarios públicos y particulares (arts. 48 y 49 de la Ley de Patrimonio del Estado). Esta realidad ya la puso de manifiesto en su día ASTRAY SUÁREZ FERRÍN, M: “Título IX. Régimen sancionador” en *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi & Ministerio de Justicia, 2008, p. 1325.

³ En términos generales, y no sólo para el ámbito del Derecho patrimonial, “[l]a rémora que más entorpece el desarrollo actual de Derecho Administrativo sancionador”, es para NIETO, el hecho de que “[l]as leyes sectoriales cumplen con evidente desgana –que se manifiesta en ocasiones en graves deficiencias– el rito de añadir una coda de tipificaciones infractoras y sancionadoras” (*Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, 4^a ed, 2005, p. 570). A lo largo de este trabajo podrá verificarse que esta es la situación en el ámbito del Derecho andaluz autonómico y local.

⁴ O al menos eso es lo que puede inferirse de la poquedad de sentencias sobre sanciones en materia de bienes públicos al amparo de la legislación patrimonial de carácter general, lo que hace pensar que, en este ámbito el índice de infracciones efectivamente sancionadas debe estar muy por debajo de la media, que ya NIETO aventura que no llega ni al uno por mil en otros sectores, como urbanismo, seguridad en el trabajo, etc. [(2005):131].

⁵ Aunque excede de nuestras pretensiones el análisis de la protección jurídico penal de los bienes públicos, a los solos efectos de apuntar las dimensiones del solapamiento con el Derecho Administrativo sancionador de carácter patrimonial, se sintetizan las tres formas diferentes en que se protege el patrimonio público desde el Código Penal. En primer lugar, a través de la protección genéricamente otorgada a todo tipo de bienes por los delitos contra el patrimonio (delito de usurpación en sus distintas modalidades, hurto, robo, daños, etc.). En segundo lugar, hay que mencionar la protección refleja que reciben de la tutela de intereses de naturaleza no patrimonial contemplados en los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico artístico, y en los delitos contra el medio ambiente. Y en tercer y último lugar, los bienes públicos quedan protegidos igualmente a través de los delitos contra la Administración (prevaricación, cohecho, malversación etc). Una breve referencia bibliográfica sobre la protección jurídico-penal del patrimonio público puede ser la siguiente: ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “Protección penal de los bienes públicos” en GONZÁLEZ

la preeminencia del ejercicio del *ius puniendi* a través de la vía penal frente a la administrativa⁶; o igualmente la posibilidad de las Administraciones de ejercer acciones para hacer efectiva la **responsabilidad civil** por daños provocados en sobre el patrimonio público de su titularidad⁷; o incluso la misma exigencia de **responsabilidad patrimonial de autoridades y personal** del servicio por daños causados a los bienes de las Administraciones Públicas, que tiene su regulación en el capítulo II del Título X de la Ley 30/1992⁸.

GARCÍA, J.: *Derecho de los bienes públicos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 379 y ss; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: "Protección penal de los bienes públicos" en GONZALEZ GARCIA, J.V.: *Diccionario de Obras Públicas y Bienes Públicos* Iustel, 2007; COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, M y SAAVEDRA RUIZ, J.: *Delitos contra el Patrimonio*, Ed. La Ley, 2007; RODRIGUEZ RAMOS, L. (Dir.), y MARTÍNEZ CUENCA, A. (Coord.): *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, 2011.

⁶ Preeminencia que refleja, por ejemplo, el art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, cuando, para regular las vinculaciones entre el orden jurisdiccional penal y el procedimiento administrativo sancionador, dispone que: "1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.. 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial. 3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien."; o también el art. 171 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el reglamento de bienes de las Entidades Locales de Andalucía, al disponer: "Artículo 171. Responsabilidad penal.

1. Cuando los hechos a que se refieren los artículos anteriores puedan ser constitutivos de delito o falta, la Entidad Local deberá ejercitar la acción oportuna o poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial competente o del Ministerio Fiscal cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la presunta infracción administrativa y la penal. La Entidad Local dejará en suspenso la tramitación del procedimiento administrativo hasta que se dicte sentencia firme o se sobresean las actuaciones, sin perjuicio de las medidas cautelares urgentes previstas en el artículo 78 de la Ley 7/1999. 2. En el supuesto de responsabilidad penal del personal al servicio de las Entidades Locales, se estará a lo previsto en el artículo 146, apartado 2, de la Ley 30/1992"

⁷ Ejercicio de acciones que puede llegar a tener carácter preceptivo, como se hace en el art. 72 de la Ley de 5/1985, de Bases de Régimen Local, al establecer que las Entidades Locales están obligadas a ejercitar las acciones e interponer los recursos que sean procedentes para la defensa de sus bienes y derechos, previendo, incluso, la posibilidad de ejercicio de acciones por sustitución. Sobre esta cuestión puede verse GALLARDO CASTILLO, M.J. (2007: 577 y ss).

⁸ AHUMADA RAMOS, F.J.: *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Aranzadi, 2º edición, 2004; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, 4ª edición, 2006; MANTECA VALDELANDE, V: "Reclamación de responsabilidad a las Administraciones Públicas (IX): supuestos especiales de responsabilidad" en *Actualidad Administrativa*, nº 7, 2011, p. 5 y ss.

El presente trabajo tiene como objetivo ofrecer las conclusiones de una labor de análisis de los textos positivos que regulan en la actualidad la potestad administrativa sancionadora en materia de bienes públicos con carácter general (esto es, con carácter no sectorial). Para ello, se ha considerado oportuno, adoptar una perspectiva global, a base del contraste comparativo de las normas estatales, autonómicas y locales. Para estas dos últimas se tomado como referencia las normas autonómicas andaluzas. Puede adelantarse que esas normas carecen hoy en día de otro contenido común⁹ de carácter vinculante que el provisto por la regulación de los principios de la potestad sancionadora recogida en el propio art. 25 de la Constitución y en el Título IX de la Ley 30/1992, con lo que cobra interés la verificación, a través del un análisis comparativo que proponemos, de la racionalidad, en términos jurídicos, del conglomerado normativo.

II. FUENTES REGULADORAS DEL DERECHO SANCIONADOR EN MATERIA DE BIENES: REPARTO COMPETENCIAL Y CARÁCTER ADJETIVO DEL DERECHO SANCIONADOR

Según la jurisprudencia constitucional, a la hora de atender la distribución competencial en relación con el Derecho sancionador en una materia, como puede ser el patrimonio público, ha de tenerse en cuenta el carácter adjetivo que las normas administrativa sancionadoras tienen respecto a la materia sustantiva, de manera que el Derecho sancionador corresponde dictarlo a quien ostenta el título competencial legislativo sobre la materia sustantiva, con el límite para las Comunidades Autónomas de respetar “las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del Derecho Sancionador (art. 25.1 de la Constitución básicamente) y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio” (STC 87/1985, de 16 de julio, seguida por las posteriores SSTC 15/1998, 110/1998, y 123/2003). Este dato, unido al reconocimiento a favor del Estado y de las Comunidades Autónomas de la competencia legislativa para determinar el régimen jurídico de su propio patrimonio (arts. 47.1.2^a y 60.1.c LO 2/2007, de 19 de marzo), provoca una importante dispersión normativa, en el sentido de que la norma reguladora del Derecho sancionador sustantivo varía según se trate del patrimonio estatal, autonómico y local.

⁹ Sobre la necesidad de que, al amparo del título competencial estatal recogido en el art. 149.1.1^a CE, deba construirse un derecho sancionador sustantivo que represente un mínimo común para toda la nación, puede consultarse a CASARES MARCOS, A: *Principio de legalidad y ejercicio de la potestad administrativa sancionadora*. IAAP, 2012, p. 176 y ss.

La dispersión se agudiza porque, según determina la de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, reguladora del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), su Título IX: “Derecho sancionador”, no tiene carácter de normativa básica ni de normativa general¹⁰. Por tanto, dicho Título es aplicable única y exclusivamente para la protección del patrimonio de la Administración general del Estado y de los patrimonios de los organismos públicos que se encuentren en relación de dependencia o vinculación con la misma, según se desprende del apartado 1 del art. 2 de la Ley, que configura su ámbito de aplicación.. Ni siquiera puede considerarse que en los ámbitos autonómico o local, el Título IX de la Ley 33/03 sea de aplicación supletoria en virtud del art. 149.3 CE¹¹, y ello porque el presupuesto de hecho para recurrir a la supletoriedad es la existencia de una previa laguna jurídica y la mera inexistencia de norma sancionadora no puede considerarse tal¹², teniendo en cuenta la exigencia de positiva y expresa tipicidad tanto de infracciones como de sanciones que deriva del art. 25 CE.

En consecuencia, el Derecho sancionador en materia de bienes públicos autonómicos ha de localizarse en el Derecho propio de las distintas Comunidades Autónomas¹³. En concreto, tratándose de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las normas aplicables son la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma, y el Decreto 276/1987, de 11 de noviembre, por el que

¹⁰ Véase la Disposición Final Segunda de la LPAP.

¹¹ En contra, defendiendo el carácter supletorio del título X de la Ley 33/03 “en defecto de regulación específica en las Comunidades Autónomas”, véase ASTRAY SUÁREZ FERRÍN (2008): 1325.

¹² Sobre el interesante problema jurídico que plantea en el ámbito sancionador el principio de supletoriedad del derecho estatal en relación con el derecho autonómico puede consultarse REGO BLANCO, M^a. D.: “Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 de la Constitución” en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n^o 32.

¹³ Todas las Comunidades Autónomas gozan de una normativa propia para dotar de régimen jurídico a su patrimonio. Las normas con rango de Ley son las siguientes: Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón; Ley 1/1991, de 21 de febrero, del Patrimonio del Principado de Asturias; Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 3/2006, 18 de abril, Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 11/2006, 26 de octubre, Patrimonio Castilla y León; Ley 6/1985, de 13 de noviembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha; Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de la Generalidad de Cataluña; Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi; Ley 2/2008, 16 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 3/1985, de 12 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia; Ley 6/2001, de 11 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; Ley 3/1992, 30 Julio Patrimonio Comunidad Autónoma de Murcia; Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid; Ley 14/2007, 4 de abril, del Patrimonio de Navarra; Ley 11/2005, de 19 de octubre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja; Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalidad Valenciana.

se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ambas normas dedican sus respectivos títulos IV a “Responsabilidad y Sanciones”. Su ámbito de aplicación no va más allá del patrimonio propio de la Comunidad Autónoma, sin que puedan trasladarse válidamente a la esfera local andaluza, que goza de fuentes propias.

Las fuentes reguladoras del ejercicio de la potestad sancionadora en materia de bienes públicos locales son varias y para identificarlas conviene partir de la legislación básica de régimen local, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), especialmente su título XI (“Tipificación de las infracciones y sanciones por las Entidades Locales”). Como es sabido, este título, fue introducido por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local con la intención de poner fin a la polémica sobre la debida observancia de la garantía constitucional de reserva de Ley a la hora de tipificar infracciones y sanciones por parte de las Entidades Locales¹⁴; Entidades a las que la propia LBRL reconoce potestad reglamentaria y sancionadora, pero cuyas Ordenanzas, al carecer de fuerza de Ley, no alcanzan a satisfacer tal garantía por sí mismas, necesitando de la cobertura, si quiera en grado mínimo, de una norma con rango de Ley. Según indica el art. 139 de la LBRL, la cobertura legal que ofrece el mencionado título XI se extiende, “**en defecto de normativa sectorial específica**”, a todos los ámbitos de regulación local que afecten a la convivencia de interés local, y por lo que aquí interesa, al “uso de sus servicios equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos”.

Por tanto es necesario determinar cuál es el ámbito de aplicación de la LBRL en lo referente al derecho sancionador en materia de bienes públicos, y para ello nada mejor que indagar la existencia de esa “normativa sectorial específica”. De no haber sido aprobada¹⁵, el derecho sancionador en materia de bienes de las

¹⁴ Sobre el particular, véase a ARIAS MARTÍNEZ, M.A.: “Breve apunte sobre la potestad sancionadora de las entidades locales tras la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local por la Ley 57/2003 de Medidas para la Modernización del Gobierno Local” en *Revista Jurídica Galega* n° 45, 2004, p. 51 y ss; GARCIA MANZANO, P.: “La potestad reglamentaria en el Proyecto de Ley de medidas para la modernización del gobierno local” en *Revista jurídica de Castilla y León*, N1 2, 2004, p. 13 y ss; LASAGABASTER HERRARTE, I.: “La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003 de Medidas para la modernización del Gobierno local” en *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 68, 2004, p. 155 y ss; CARRRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, J.L.: “Sobre la potestad sancionadora municipal” en *Cuadernos de Derecho Local*, n° 6, 2004, p. 131 y ss.; con una postura muy crítica, véase GALLARDO CASTILLO, M.J.: “Las ordenanzas municipales y su deficiente cobertura legal tras el pacto local” en *R.E.D.A.* n° 144, 2009, p. 589 y ss.

¹⁵ Sirve de ejemplo de esta situación la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, cuyo art. 173, al enumerar las prerrogativas de las Entidades Locales de dicha Comunidad Autóno-

Entidades Locales se regirá por lo dispuesto en el título XI¹⁶, cuya aplicación apela como *conditio sine qua non*, a su vez, a la aprobación de una Ordenanza Local. En cambio, de existir esa legislación sectorial específica habrá de estarse a lo que en ella se determine, sin que tenga virtualidad alguna el contenido del Título XI LBRL (por paradójico que pueda parecer este resultado, en el que una Ley que se titula básica renuncie a su efecto básico directo).

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, esa legislación específica la constituye la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (en adelante LBELA), y en especial, su Título V, “Responsabilidades y sanciones”. Su art.1.2 establece el ámbito de aplicación de la misma diciendo:

“Los bienes que integran el patrimonio de las entidades locales se rigen por la presente Ley, por el reglamento que la desarrolle y por las ordenanzas propias de cada entidad, sin perjuicio de la legislación básica del Estado que, en su caso, resulte de aplicación”.

Consecuentemente, la legislación estatal que resulta de aplicación en la esfera local andaluza para la materia que nos ocupa no se integra ni por el título IX

ma, prevé “ejercer la potestad sancionadora para la defensa de su patrimonio y para asegurar la adecuada utilización del mismo”, pero sin entrar a desarrollar el principio de legalidad sancionadora respecto del patrimonio local. Su art. 197 dispone “Artículo 197. Infracciones y sanciones.

Las ordenanzas locales podrán complementar y adaptar el sistema 1. de infracciones y sanciones establecido en las leyes sectoriales, introduciendo las especificaciones o graduaciones que consideren conveniente, sin que, en ningún caso, supongan nuevas infracciones o sanciones, ni alteren su naturaleza o límites.

Además, las ordenanzas locales, en las materias de competencia 2. exclusiva de las entidades locales, y en ausencia de previsión legal específica, podrán tipificar como infracción el incumplimiento de los mandatos y prohibiciones en ellas establecidas. En estos casos, las multas por infracción de ordenanzas no podrán exceder de las siguientes cuantías: infracciones leves, hasta 25.000 pesetas; infracciones graves, hasta 150.000 pesetas; infracciones muy graves, hasta 300.000 pesetas. Junto con dichas sanciones, deberá exigirse la indemnización de los daños y perjuicios que pudieran haberse causado en los bienes y derechos de titularidad municipal o adscritos a los servicios públicos, o, en su caso, la reposición de las cosas a su estado anterior.

Corresponde al Presidente de la Corporación la iniciación y la 3. resolución de los procedimientos sancionadores, salvo que la ley o, en su caso, las ordenanzas locales lo atribuyan a otro órgano de la Corporación.

La instrucción de los procedimientos sancionadores corresponderá al funcionario, unidad administrativa u órgano que se determine en el acuerdo de iniciación o, con carácter general, en las ordenanzas locales”

¹⁶ No abundaremos en el contenido de estos preceptos, por no caer en el ámbito de estudio delimitado. Bastará con señalar que son varias las infracciones previstas en su art. 140 sobre la protección del dominio público (art. 140.1 apartados d, e, f).

de la LPAP¹⁷, ni por el título XI LBRL¹⁸, sino que se reduce a las disposiciones de la Ley 30/1992 relativas a la potestad sancionadora. Así pues, el marco normativo de la Ordenanza local en Andalucía para el derecho sancionador relativo al patrimonio público local lo componen la referida Ley andaluza 7/1999 y su reglamento. Ambos, en calidad de normativa específica, evitan que entre en juego el título XI de la LBRL, de aplicación subsidiaria. Es de destacar, por otro lado, el importante papel que la LBELA asigna a las Ordenanzas locales como fuente del Derecho sancionador, aunque, según veremos más adelante, la LBELA diseña algunas infracciones y sanciones para ser aplicadas directamente, sin necesidad de previsión de una Ordenanza Local, lo que, en claro contraste con el título XI LBRL, pudiera entenderse como una muestra de desconfianza del legislador autonómico hacia las Entidades Locales andaluzas.

Finalmente, conviene aludir a que las leyes andaluzas de 1986 y de 1999 no se pronuncian sobre cómo articular su contenido con la legislación sectorial demanial que reconozca la titularidad autonómica o local de bienes de dominio público (*vgr* Ley 8/2001 de Carreteras de Andalucía, que reconoce la titularidad a favor de las Diputaciones Provinciales de la red de carreteras provinciales, y a favor de la Comunidad Autónoma de la red de carreteras autonómicas). Este problema lo soluciona el art. 5.4 de la Ley 33/003 (que es de aplicación general, según su Disposición Final 2^a), determinando que:

“Los bienes y derechos de dominio público se regirán por **las leyes y disposiciones especiales** que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta Ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio”.

El precepto no recoge otra cosa que el recurso al principio de especialidad, según el cual estas leyes especiales (sectoriales) desplazarán al Derecho sancionador recogido en las leyes de patrimonio, todas ellas de carácter general en esta materia, de modo que, en caso de que las leyes especiales procedan a tipificar infracciones y sanciones sobre el patrimonio local, autonómico o estatal, serán éstas las aplicables y no las genéricas de la LBELA, de la Ley andaluza 4/86, o de la LPAP, respectivamente. Dado lo abundante de la legislación demanial sectorial, esta conclusión supone una muy relevante reducción del ámbito propio del derecho san-

¹⁷ Como se ha señalado, este título de la Ley 33/2003 carece de carácter básico, según su Disposición Final Segunda.

¹⁸ Este título, pese a tener carácter básico, solo es aplicable en defecto de legislación específica, quedando desplazada por la existencia de la LBELA.

cionador objeto de este estudio, pues, en esencia, se circunscribe a los bienes que sirven de soporte a la prestación de servicios públicos con estatuto indiferenciado (edificios, plazas, calles, mobiliario, inmuebles rústicos, maquinaria, parque móvil, etc). Una importante consecuencia para el derecho sancionador derivada de este principio de especialidad es que evita la posible concurrencia de infracciones y sanciones sobre el patrimonio local, autonómico o estatal. El principio de especialidad impide el solapamiento de las normas sectoriales con las generales, ya que éstas últimas no entran en juego más que “a falta de normas especiales”, y por lo tanto, existiendo norma especial en la que se establezcan infracciones y sanciones, el régimen sancionador recogido en las leyes que protagonizan este estudio, no será de aplicación, eludiéndose así un concurso normativo que, de otra manera, habría que dilucidar a través del principio *non bis in idem*¹⁹.

III. CLASES DE BIENES PÚBLICOS A LOS QUE OTORGA PROTECCIÓN LA POTESTAD SANCIONADORA

Pasemos al análisis de lo que en sentido estricto puede considerarse Derecho sancionador en materia de bienes públicos, haciendo notar, en primer lugar, cuál es el patrimonio que queda protegido en las respectivas normas reguladoras, pues entre ellas hay diferencias que no deben pasar desapercibidas. El concepto de “patrimonio de las Administraciones Públicas”, definido por el art. 3 de la LPAP, tiene carácter básico²⁰, y hace referencia, como es bien conocido, al “conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y título de adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos”, pero sin incluir “el dinero, los valores, los créditos y demás recursos financieros de su hacienda, ni en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería”. Por tanto, los bienes y derechos excluidos legalmente del concepto de patrimonio público quedan al margen de la potestad sancionadora que es objeto de estudio en el presente trabajo.

En cuanto a los bienes y derechos que sí caen dentro del concepto del concepto de patrimonio público, y por tanto, también en la esfera de la potestad que

¹⁹ Sobre este principio puede consultarse, aparte de las obras de referencia general sobre potestad sancionadora, los trabajos de MESEGUER YEBRA, J.: *El principio “non bis in idem” en el procedimiento administrativo sancionador*. Ed. Bosch, 2000; de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *El principio “non bis in idem*, Ed. Dykinson 2004; y de BOIX REIG, F.J.: “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*” en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, págs. 123-150.

²⁰ De acuerdo con la Disposición Final 2ª de la Ley 33/2003, que apela al título estatal contenido en el apartado 18ª del art. 149.1.1 CE.

aquí se analiza, debe destacarse que la titularidad de los mismos se predica, conforme al art. 2 de la LPAP, de Administración General del Estado y también de las Administraciones especializadas de las mismas, esto es, los “organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma”, lo que incluye tanto a las Administraciones Instrumentales²¹ como a las Administraciones de carácter independiente. De forma parecida, pero no idéntica, el ámbito de aplicación que se arroga la Ley andaluza 4/1986 (art.1) implica que las infracciones y sanciones en ellas reguladas se predicen de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Administración General de la Comunidad Autónoma andaluza, así como de las Entidades de derecho público dependientes de la misma²², pero queda en la indefinición lo relativo a los patrimonios de las Entidades con régimen de independencia funcional o de especial autonomía, sobre las que la Ley andaluza 4/1986 no se pronuncia. La Disposición Adicional Segunda de la Ley andaluza 9/2007 de Administración de la Junta de Andalucía remite esta cuestión a lo que decida la respectiva normativa específica²³. En la LBELA, sin embargo, según se deduce de su art. 1, sólo queda protegido por la potestad sancionadora el patrimonio de la propia Entidad Local, pero no el de sus organismos públicos. Es de observar, por otro lado, que en cualquiera de los tres ámbitos, estatal, andaluz o local, el patrimonio de los entes instrumentales de personalidad jurídico-privada (sociedades, fundaciones, etc.) no queda expresamente aludido en el régimen sancionador que vamos a exponer.

Pero abundando más, y dejando a un lado la perspectiva subjetiva que pro-

²¹ En sus diversas modalidades establecidas en la Ley 6/1997, de 14 de julio, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, tales como los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales o las Agencias Estatales, estas últimas reguladas por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales.

²² Las distintas modalidades de estos Entes de derecho público se regulan en la actualidad por la Ley 9/2007, de 22 de octubre; concretamente en su Título III, según la redacción dada por la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía. Se incluyen, por tanto, a los patrimonios de las Agencias administrativas, de las Agencias Públicas Empresariales y de las Agencias de Régimen Especial.

²³ La dicción literal de esta disposición adicional es la que sigue: “Tienen la consideración de Administración institucional las entidades públicas vinculadas con personalidad jurídica propia a las que se les reconozca expresamente por ley independencia funcional o un especial régimen de autonomía respecto de la Administración de la Junta de Andalucía. Estas entidades se regularán por su normativa específica y supletoriamente por lo establecido con carácter general en la presente Ley para los distintos tipos de agencias que resulte de aplicación en atención a las características de cada entidad. En lo que se refiere a su régimen económico-financiero, de control y de contabilidad se regulará por lo dispuesto en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El régimen jurídico mencionado en el párrafo anterior será también de aplicación a los órganos o instituciones sin personalidad jurídica creados por ley con autonomía orgánica y funcional respecto a la Administración de la Junta de Andalucía.”

porciona la titularidad, habría que destacar que la potestad sancionadora en materia de bienes tampoco se configura de forma homogénea cualitativamente hablando, ya que mientras que en la esfera andaluza (autonómica y local) sirve para tutelar tanto bienes de dominio público como bienes patrimoniales o privados de la Administración, en el ámbito estatal se diseña para la protección exclusivamente de bienes de dominio público. Esta diferencia de tratamiento en el régimen de protección de los bienes patrimoniales, ha merecido el rechazo de voces de la talla de LOZANO CUTANDA²⁴, quien ha criticado que los bienes patrimoniales merezcan una menor protección que los demaniales, puesto que las potestades administrativas patrimoniales se prevén tanto para bienes demaniales como patrimoniales, aunque también se ha hecho notar que la cláusula de cierre del art. 192.3.f) LPAP podría servir para proteger igualmente los bienes patrimoniales. El precepto define como infracción leve “cualquier otro incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley”. Ciertamente la LPAP establece algunas obligaciones en relación con los bienes patrimoniales (*vgr*: la de protegerlos y defenderlos como elemento de su patrimonio –art. 28 y 29-, de inventariarlos –art. 32.1-, de registrarlos), pero no lo es menos que tales obligaciones se establecen para las Administraciones Públicas, a la postre para autoridades y personal. Por esta razón, habría que puntualizar que el art. 192.3.f) LPAP no ofrece una protección sancionadora para los bienes patrimoniales estatales frente a conductas de terceros.

La divergencia de tratamiento de los bienes patrimoniales en las normas estatales andaluzas nos sirve en bandeja la reflexión sobre la razón última de la protección del patrimonio público a través de la potestad sancionadora. Partiendo de que, como admite unánimemente la doctrina²⁶, el fundamento de la especial protección del dominio público es la afectación, en nuestra opinión, no resulta tan inmediato identificar el fundamento de una equiparación jurídica a efectos sancionadores entre los distintos tipos de bienes que integran el patrimonio de las Administraciones Públicas, ni cuál el fundamento de que los bienes de una Administración que no estén afectados al uso general o al desenvolvimiento de un

²⁴ LOZANO CUTANDA, B: “Régimen sancionador” en CHINCHILLA MARÍN, M. C: *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid, 2004, p. 889.

²⁶ Ya desde el célebre trabajo de CLAVERO ARÉVALO: “La alienabilidad del dominio público” en RAP n° 25, 1958, pasando por MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: *El dominio público: construcción doctrinal*. Ed. Trivium, 1992, o también, centrada en la polémica que suscitamos en el texto principal ASTRAY SUÁREZ FERRÍN (2008): 1341, si bien esta autora admite la potestad sancionadora para los bienes patrimoniales.

servicio público, esto es, los llamados bienes patrimoniales o bienes de dominio privado (arts. 5 y 7 LPAP), deban protagonizar la tipificación de infracciones, en la medida en que ello supone una exorbitancia en comparación con el régimen jurídico de Derecho Privado que corresponde a los bienes de los particulares. No hay que olvidar que cuando el art. 7 LPAP determina los aspectos que en relación con los bienes patrimoniales deben sujetarse a Derecho Administrativo, alude a la “adquisición, administración, defensa y enajenación”, pero no hace referencia alguna a la potestad sancionadora, que no se regula en la Ley en el Título II (“Protección y defensa del Patrimonio”) sino en su Título IX (“Régimen sancionador”)²⁷. En términos jurídicos, ¿no es más lógica precisamente la exclusión que la LPAP hace de los bienes patrimoniales del ámbito del Derecho sancionador, que la inclusión de los mismos que se encuentra en las Leyes andaluzas? Esta no es más que una propuesta de *lege ferenda; de lege data*, la realidad de la norma jurídico-positiva es que la LPAP no otorga carácter básico a la exclusión de los bienes patrimoniales de la potestad sancionadora, y la legislación de la Comunidad Autónoma andaluza opta por acoger una potestad sancionadora que se puede ejercer sobre bienes patrimoniales. Otra cosa será el determinar si esta diferencia de trato constituye o no una violación del límite constitucional identificado por la jurisprudencia del Alto Tribunal, de que las Comunidades Autónomas de no introduzcan “divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio”,

Como quiera que sea, cuando los bienes patrimoniales se excluyen de la potestad sancionadora, como es el caso del derecho estatal, la pregunta surge inevitablemente en relación con el *tertium genus* del que cabe hablar tras la STC 166/1998, de 15 de julio²⁸, esto es, la categoría de los bienes patrimoniales “materialmente afectados a un servicio público o a una función pública”: si estos bienes patrimoniales fueran estatales ¿podrían acogerse a una mayor protección a través del ejercicio de la potestad sancionadora?

²⁷ FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ parece sostener que el art. 28 LPAP establece una “obligación general de protección” en la que incluye tanto un régimen común de protección de todos los bienes que se integran en el ámbito de la Ley como la potestad sancionadora de la Administración (Voz “bienes públicos: infracciones y sanciones” en LOZANO CUTANDA, B.: *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, 2010, p. 134 y 138). También afirma que la LPAP ha regulado la potestad sancionadora “como otro de los instrumentos ordinarios para proteger los bienes públicos”. De ahí que al constatar que no se prevén infracciones sustantivas sobre los bienes patrimoniales, critique que eso “no encaja muy bien en el esquema común de protección de todos los bienes públicos asumido en la propia Ley”.

²⁸ La Sentencia ganó merecida fama por declarar contrario al artículo 24 CE, en su vertiente de ejecución de sentencia, el privilegio legal de inembargabilidad de los bienes patrimoniales. Al respecto puede verse el trabajo de FANLO LORAS, A.: “El alcance del principio de inembargabilidad de los bienes y derechos de las Entidades Locales: a propósito de la STC 166-1998, de 15 de Julio” en *Justicia administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, n.º 3, 1999, p. 35 y ss.

En la respuesta a esta pregunta se contraponen fuertemente dos argumentos. Por un lado, teniendo en consideración la prohibición de aplicación analógica de la norma sancionadora (art. 129.4 Ley 30/1992)²⁹, a falta de previsión legal expresa, habría que sostener que los *bienes patrimoniales materialmente afectados* no pueden beneficiarse sin más del régimen sancionador que protege el dominio público, de modo que si la norma reguladora, como ocurre para la Administración estatal, reduce el Derecho sancionador al dominio público, las sanciones impuestas por comisión de infracciones sobre bienes patrimoniales materialmente afectados carecerán de validez. De forma semejante, si el régimen sancionador otorga distinto tratamiento (en cuanto a las infracciones o a las sanciones) a los bienes demaniales y a los bienes patrimoniales, los bienes patrimoniales materialmente afectados sólo podrán beneficiarse del régimen sancionador de aquéllos últimos. Pero, por otro lado, no hay que olvidar que el origen del *tertium genus* formado por los bienes patrimoniales materialmente afectos a un servicio o uso público es la postergación del carácter formal de la afectación demanializadora y frente al destino efectivo al servicio o uso público del bien. Y, por decirlo de alguna manera, dicha afectación formal queda oculta a los ojos del presunto infractor, mientras que sí es evidente el destino al servicio público o uso general, con lo que a la hora de aplicar el derecho administrativo sancionador, dada la cognoscibilidad del tipo de la infracción cometida sobre bienes materialmente afectos, si no fuera por la prohibición de analogía *in malam partem*, lo suyo sería utilizar un concepto material de demanio y no uno formal, con la consecuencia de tratarlos como si se tratara de bienes de dominio público propiamente dicho.

El supuesto opuesto a éste, el de infracción cometida sobre bienes formalmente demanializados con abandono material de la afectación (que no están dedicándose materialmente a prestar servicio público ni uso general, pero no se han desafectado formalmente) reclamaría, por el mismo argumento, un tratamiento equiparable al régimen jurídico propio de los bienes patrimoniales estatales, sobre los que ninguna infracción construye la Ley estatal. En este caso,

²⁹ A mayor abundamiento, puede recordarse lo dicho por el Tribunal Constitucional en la STC 75/1984: «el derecho (...) de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente (...), que es garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera (...) la aplicación analógica *in peius* de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y son objetivamente perseguibles» (fundamento jurídico 5.º). O en el mismo sentido, la STC 133/1997: «el principio de legalidad (...) significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial que el Juez se convierta en legislador» (fundamento jurídico 4.º). Puede consultarse también sobre el alcance de la prohibición de aplicación analógica a GARBERÍ LLOBREGAT, J: *El procedimiento administrativo sancionador*. Vol I, Tirant lo Blanch, 2001, p. 95 y ss.

sería una analogía *in bonam partem* la que permitiría excluir sanción, reforzada con el argumento de que otro tratamiento estaría haciendo pechar con las consecuencias de actuaciones realizadas bajo un error invencible que afecta a la tipificación de la infracción.

IV. LA SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN MATERIA DE BIENES A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA POTESTAD SANCIONADORA

Precisadas las normas jurídicas de aplicación y su respectivo ámbito, podemos proceder al comentario sustantivo del Derecho sancionador en materia de bienes públicos, viendo cómo se plasman en sus normas reguladoras los distintos principios informadores de la potestad sancionadora³⁰, y deteniéndonos en los que presenten algún interés en el concreto campo del patrimonio de las Administraciones Públicas. Puede adelantarse que focalizaremos nuestra atención sobre los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad, y prescripción. Algunos otros principios juegan de forma idéntica en materia de bienes que en cualquier otro ámbito sectorial, hasta el punto de que las Leyes sobre patrimonio ni siquiera hacen referencia a los mismos. Así ocurre con el **principio irretroactividad** de la norma sancionadora, y con el **principio *non bis in idem***, de los que nada específico hay comentar, más allá de su vigencia. Y también con el **principio de culpabilidad**³¹, sobre el que no incide ninguna de las normas objeto de nuestro estudio, rigiendo por tanto, la regulación general de la responsabilidad del art. 130 de la Ley 30/1992, que admite la responsabilidad incluso “a título de mera inobservancia”, tanto de personas físicas como de personas jurídicas³², y tanto de forma individual como solidaria.

³⁰ MESTRE DELGADO, J. F. “Los principios de la potestad sancionadora” en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993. GALLARDO CASTILLO, M^a J.: *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Iustel, 2008.

³¹ Para abundar sobre el principio de culpabilidad, pueden consultarse los trabajos de DE PALMA DEL TESO, A.: El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Ed. Tecnos, 1996, y “La culpabilidad”, en *Justicia Administrativa*, n^o extraordinario 1 dedicado a: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador, 2001; PARDO ÁLVAREZ, M. y GOMEZ TOMILLO, M.: “El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador” en *Actualidad Administrativa*, n^o 2, 2001, págs. 17 y ss.

³² Sobre este aspecto ver LOZANO CUTANDA, B.: “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo,” en *RAP* n^o 129, 1992.

1) Principio de legalidad

En cuanto al **principio de legalidad**, debe subrayarse el dato de que el vigente Derecho Administrativo sancionador está recogido, como se ha tenido ocasión de exponer, en normas con rango de Ley, por lo que el principio de legalidad queda respetado en su vertiente formal. Como es conocido, para poner fin al debate sobre las exigencias del principio de legalidad sancionadora en el ámbito local y sobre su articulación con la autonomía local constitucionalmente garantizada³³, se añadió en su día el Título XI a la Ley 7/1985, que permite hoy que, en ausencia de legislación sectorial, una ordenanza local pueda tipificar infracciones y sanciones para, entre otros, proteger el patrimonio local. En el ámbito local andaluz, sin embargo, sí existe legislación sectorial, y la LBELA proporciona, al menos, un mínimo de cobertura legal formal a las Ordenanzas locales que pudieran aprobarse en esta materia.

En su vertiente material, el principio de legalidad plantea otra cuestión, cual es la de la suficiencia del pronunciamiento legal en relación con una eventual remisión al reglamento para terminar de completar la regulación de las infracciones y sanciones. Al respecto hay que decir que en los tres ámbitos analizados, el mínimo exigible con el principio de legalidad queda satisfecho, e incluso sobrepasado en ocasiones. Así es en el caso de la regulación estatal, que se realiza íntegramente por la LPAP, pues el Real Decreto 1373/2009 no ha desarrollado el Título IX de la Ley, pese a contar con habilitación suficiente para ello en la Disposición Final Quinta de la Ley.

2) Principio de tipicidad

En íntima conexión con el principio de legalidad, el principio de tipicidad asegura la identificación de la infracción y de su sanción, a través del establecimiento normativo de sus límites y naturaleza, tal como indica el art. 129 de la Ley 30/1992. La exigencia de definición típica y previa materializa la garantía de la certeza sobre la conducta punible y sobre o la extensión de la sanción. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional³⁴, **el contenido constitucional del principio de legalidad en el ámbito penal comporta, entre otros, un mandato al legislador de taxatividad**, según el cual han de configurarse las leyes sanciona-

³³ Para conocer los términos de tal debate y su evolución jurídica, nos remitimos a NIETO, A.: *Derecho Administrativo Sancionador* (2005.): 320 y ss; CASARES MARCOS, A: *Principio de Legalidad y Ejercicio de la Potestad Administrativa Sancionadora*, I.A.AP, 2012, p. 104 y ss; o TOSCANO GIL, F: *Autonomía y potestad normativa local*. Comares, 2006.

³⁴ Por todas, STC 62/1982 y STC 151/1997.

doras llevando a cabo el «máximo esfuerzo posible» para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones.

2.a) *La tipificación de infracciones*

Comencemos el estudio de la tipificación de infracciones en el Derecho sancionador patrimonial abordando el ámbito local. Para ello, recordemos la diferente posición en que, en términos generales, quedan las Entidades Locales, en cuanto a su libertad normativa tipificadora, cuando existe legislación sectorial específica, y cuando ésta no se ha aprobado. En el primer caso, como ocurre en Andalucía con la Ley 7/1999 (LBELA), el pronunciamiento legal constriñe el posible contenido de una eventual norma local sancionadora (no cabrán, por ejemplo, tipificaciones adicionales a las legalmente previstas); mientras que en el segundo, aunque la LBRL comporta una limitación evidente a las Entidades Locales en lo relativo al techo máximo de las sanciones económicas y los criterios de graduación de las infracciones, no impone límites tan claros en cuanto a la definición de la infracción, ya que, como mucho, la prohibición sustantiva que se puede extraer de la LBRL es la de que se califiquen como muy graves las infracciones protagonizadas sobre bienes patrimoniales (puesto que los apartados d, e y f del art. 140 LBRL parecen referirse únicamente a bienes demaniales).

En el ámbito local andaluz, dada la vigencia de la LBELA, la posible tipificación de infracciones por las Entidades Locales debe ajustarse a sus arts. 76 y 77, que se reproducen a continuación:

“Artículo 76. Daños en el dominio público

1. Las personas que, aun a título de simple inobservancia, causen daños en el dominio público de las entidades locales u ocupen bienes sin título habilitante o lo utilicen contrariando su destino normal o las normas que lo regulan, serán sancionadas con una multa cuyo importe se determinará por el órgano competente entre el tanto y el duplo del perjuicio ocasionado, con independencia de la reparación del daño y de la restitución de lo usurpado. En todo caso se dará audiencia al infractor.
2. Para la graduación de la sanción a aplicar, dentro de los límites establecidos en el apartado anterior, se tendrán en cuenta la cuantía del daño, el beneficio obtenido por el infractor, así como su reincidencia y circunstancias personales y económicas.
3. La entidad local no podrá, en ningún caso, dejar de adoptar las medidas tendientes a devolver los bienes al estado anterior a la producción del daño.

Artículo 77. Tipificación de sanciones

1. Serán sancionables en las ordenanzas locales las infracciones que supongan:
 - a) Ocupar bienes sin título habilitante.
 - b) Su utilización contrariando su destino normal o las normas que lo regulan.
 - c) Causar daños materiales a los bienes.
2. Las ordenanzas locales definirán la cuantía de las sanciones, atendiendo a la buena o mala fe del infractor, a la reincidencia, a la utilidad que la infracción le haya reportado y al daño causado al patrimonio, de acuerdo con la siguiente escala:
 - a) Para sanciones leves, multas de 10.000 a 500.000 pesetas.
 - b) Para sanciones graves, multas de 500.001 a 2.500.000 pesetas.
 - c) Para sanciones muy graves, multas de 2.500.001 a 5.000.000 de pesetas³⁵.

Los preceptos son muy parecidos en cuanto a su contenido, pero no son idénticos. La primera diferencia que ha de señalarse es que el art. 76 habilita directamente a las Entidades Locales para que, sin necesidad de dictar Ordenanza previa, ejerzan su potestad sancionadora, tramitando los correspondientes procedimientos sancionadores e imponiendo las sanciones que procedan. Por el contrario el art. 77 apela a la Ordenanza local, a la que trata de ofrecer cobertura legal, para que defina ella el tipo de la infracción, incorporando necesaria graduación de las infracciones en leves, graves y muy graves, que permita la correlación las sanciones previstas en el apartado 2. En consecuencia, en defecto de Ordenanza, no sería aplicable el art. 77, sino el 76 y podría ponerse en cuestión la licitud de que las Entidades Locales andaluzas tramitasen expedientes para sancionar las conductas aludidas en el art. 77 LBELA (por ejemplo, en el hipotético supuesto de que la acción infractora se produjera sin causar daños, no podría sancionarse por el art. 76 de esta misma Ley, que tipifica la sanción en función del perjuicio ocasionado por la infracción). Careciendo de Ordenanza, tampoco las Entidades Locales de Andalucía podrían sancionar directamente a partir de la LBRL, que recordemos, solo es de aplicación en defecto de legislación específica, y en Andalucía sí que hay una legislación específica vigente, la LBELA.

³⁵ El art. 168 del Decreto 18/2006 incorpora la traducción al euro de estas cantidades, aludiendo a la horquillas de “ 60,10 a 3.005,06 euros” para las sanciones leves; la” de 3.005,07 a 15.025,30 euros” para las infracciones graves, y finalmente, la de “15.025,31 a 30.050,61” para las infracciones muy graves.

Como segunda diferencia destacaremos que el art. 76 se refiere a actuaciones sobre bienes de dominio público (excluyendo por tanto a las realizadas sobre bienes patrimoniales), y el art. 77 a actuaciones sobre “bienes” de las Entidades Locales. Como los tipos de la infracción coinciden en ambos artículos (dañar, ocupar sin título y utilización contra natura o contra norma), habrá que buscar una razón de ser a la dualidad de regulación, siendo dos las posibilidades entre las que optar: a) con una interpretación literal del precepto, podría mantenerse que el art. 77 es de aplicación para cualquier tipo de bienes públicos locales, (ya demaniales ya patrimoniales); b) en una interpretación sistemática, que tuviera en cuenta lo que la Ley regula en otros preceptos, podría sostenerse que el art. 77 es de aplicación a las actuaciones que no se hayan regulado en otros preceptos, como el 76, y por tanto, concluir que el art. 77 se refiere a bienes que no sean de dominio público, esto es, a bienes patrimoniales. Quizás la segunda de las opciones tenga más coherencia interna con la norma en su conjunto puesto que, pese a que las acciones protagonistas de los tipos de infracción son idénticas, las sanciones previstas en el art. 76 y en el 77 son diferentes. Refuerza esta conclusión la diferencia apuntada en el párrafo anterior, pues es lógico que la Ley proteja más a los bienes demaniales (regulando la potestad sancionadora para que pueda ser ejercida incluso sin Ordenanza) que a los bienes patrimoniales (cuya protección a través de la potestad sancionadora es prescindible, y por ello se relega a la voluntad local expresada en la correspondiente Ordenanza).

En cuanto a la definición del tipo de las infracciones, no puede pasar desapercibida la vaguedad con que la LBELA acomete esta tarea en su art. 76, que es, como venimos indicando, directamente aplicable sin necesidad de ulterior precisión mediante Ordenanza. La tipicidad de las infracciones se despacha con sucintas referencias a actuaciones definidas muy genéricamente y sin graduación alguna. En concreto, la Ley alude a “ocupar bienes sin título habilitante”, “utilizar bienes contrariando su destino normal o las normas que lo regulan”, y “causar daños materiales a los bienes”.

Además de señalar que las infracciones primera y última se solapan con tipificaciones incluidas en el Código Penal (parcialmente con el delito de usurpación³⁶ y totalmente con los delitos de daños³⁷), la manera de diseñar infracciones por la LBELA no puede decirse que sea abiertamente contraria al principio cons-

³⁶ El art. 245 del Código Penal recoge el tipo de usurpación consistente en la ocupación de inmueble mediando violencia o intimidación.

³⁷ El art. 263 del Código Penal recoge el tipo de daños, para proteger las cosas muebles e inmuebles de la destrucción, inutilización o menoscabo por parte de quienes no son sus propietarios, tipo que se agrava en su pena cuando los daños afectan a bienes de dominio o uso público (art. 264.1.4).

titudinal de tipicidad, pero tampoco obedece a la más cuidadosa de las tipificaciones, puesto que al recurrir al diseño “grosso modo” de los tipos erosiona en cierta manera la certeza o previsibilidad de qué actuaciones u omisiones son sancionables y correlativamente. Por ejemplo, en relación con la primera de las infracciones (ocupar bienes sin título habilitante) se puede cuestionar si incluye o no el continuar ocupando un bien con título habilitante caducado; o en relación con la segunda infracción (utilizar bienes contrariando su destino normal) puede plantearse dudas acerca de qué destinos de un bien público pueden considerarse “no normales” y por tanto sancionables; o también si excluye la pretendida anormalidad la posesión de un título habilitante para dicho uso.

En el ámbito autonómico andaluz la tipificación de infracciones no puede decirse que supere en calidad jurídica a la LBELA, pues la abstracción en la definición de la infracción es aún mayor. En efecto, el art. 114 de la Ley 4/1986 establece el tipo como el “incumplimiento de las obligaciones previstas en los arts. 111 y 112”, o sea, incumplimiento de obligaciones de “custodia, conservación y utilización con diligencia”, que el art. 111 hace recaer sobre los usuarios³⁸ de bienes del patrimonio autonómico y sobre quienes tengan a cargo su gestión; y obligaciones de “respetar los bienes afectos al servicio público que utilice”, que pesa sobre el usuario. Superar el grado de laxitud de esta tipificación de esta legislación no es tarea sencilla, pudiéndose poner en cuestión su compatibilidad con las exigencias del principio de tipicidad.

En la esfera patrimonial estatal, el art. 192 de la LPAP realiza una definición de las infracciones de forma detallada y graduada, ajustándose debidamente, por lo general, al principio de tipicidad (aunque cabe hacer alguna crítica, al apartado de la definición de infracción leve). En concreto, este precepto establece literalmente lo siguiente:

1. Son infracciones muy graves:

- a La producción de daños en bienes de dominio público, cuando su importe supere la cantidad de un millón de euros.
- b La usurpación de bienes de dominio público.

³⁸ La dicción llega al ridículo de no abarcar a quien no sea usuario de los bienes. Parece que quién no sea usuario de los mismos queda al margen de cualquier tipo de infracción.

2. Son infracciones graves:

- a La producción de daños en bienes de dominio público, cuando su importe supere la cantidad de 10.000 euros y no exceda de 1.000.000 de euros.
- b La realización de obras, trabajos u otras actuaciones no autorizadas en bienes de dominio público, cuando produzcan alteraciones irreversibles en ellos.
- c La retención de bienes de dominio público una vez extinguido el título que legitima su ocupación.
- d El uso común especial o privativo de bienes de dominio público sin la correspondiente autorización o concesión.
- e El uso de bienes de dominio público objeto de concesión o autorización sin sujetarse a su contenido o para fines distintos de los que las motivaron.
- f Las actuaciones sobre bienes afectos a un servicio público que impidan o dificulten gravemente la normal prestación de aquél.
- g El incumplimiento del deber de comunicar la existencia de saldos y depósitos abandonados, conforme al artículo 18 de esta Ley
- h El incumplimiento de los deberes de colaboración y cooperación establecidos en los artículos 61 y 63 de esta Ley.³⁹
- i La utilización de bienes cedidos gratuitamente conforme a las normas de la sección V del capítulo V del título V de esta Ley para fines distintos de los previstos en el acuerdo de cesión.

3. Son infracciones leves:

- a La producción de daños en los bienes de dominio público, cuando su importe no exceda de 10.000 euros.
- b El incumplimiento de las disposiciones que regulan la utilización de los bienes destinados a un servicio público por los usuarios del mismo.
- c El incumplimiento de las disposiciones que regulan el uso común general de los bienes de dominio público.
- d El incumplimiento del deber de los titulares de concesiones o autorizaciones de conservar en buen estado los bienes de dominio público.
- e El incumplimiento de los deberes de colaboración establecidos en el artículo 62 esta Ley.
- f Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley.”

³⁹ Es de observar que tanto el apartado g) como h) del Párrafo 2 del artículo 192 no hace distinción de los bienes de dominio público de los patrimoniales, a diferencia del resto de los apartados, lo que nos hace pensar que ambos supuestos de infracción se aplican indistintamente a bienes demaniales y patrimoniales.

Nuevamente, como ya vimos en el ámbito local andaluz, hay muchos tipos que se solapan con los penales de usurpación o daños⁴⁰. Además, la definición de las infracciones leves no resulta totalmente satisfactoria por utilizar fórmulas omnicomprensivas, como ocurre en los apartados b y c (“incumplimiento de disposiciones que regulan”) o ser de carácter genérico, como el apartado f (cualquier otro incumplimiento de las obligaciones de esta Ley⁴¹) aspecto ya criticado por LOZANO CUTANDA⁴².

Expuestas las diferentes tipificaciones de infracciones en los tres ámbitos que nos vienen ocupando, pueden hacerse dos órdenes de comentarios. En primer lugar, hemos de referirnos al problema jurídico de la compatibilidad del uso de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de las infracciones con los principios constitucionales de la potestad sancionadora de legalidad y de tipicidad, como es el caso de las definiciones de la LBELA y, en mayor grado incluso, de la Ley 4/1996. La tipificación de infracciones mediante conceptos jurídicos indeterminados plantea el problema de si con ello se erosiona la certeza o previsibilidad de qué actuaciones u omisiones son sancionables y correlativamente, hace surgir a favor de la Administración cierta discrecionalidad sobre lo que está y no tipificado, a la hora de sancionar⁴³. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no rechaza de plano la tipificación de infracciones mediante conceptos jurídicos indeterminados, lo que “no significa que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos” (STC 151/97). Es cuestionable que en las dos leyes andaluzas que comentamos no sea posible mayor precisión tipificadora, pues la regulación de la LPAP viene a evidenciar lo contrario. Con todo, hay que recordar que la jurisprudencia constitucional admite que los conceptos jurídicos indeterminados en las normas tipificadoras lo son compatibles con el art. 25.1 CE condicionado “a la posibilidad de que su concreción sea razona-

⁴⁰ No lo hacen, sin embargo, los apartados b, e, f, g, h, i de los tipos de las infracciones graves, y los apartados b, c, d de los tipos de infracciones leves.

⁴¹ Puede referirse tanto a obligaciones de la Administración, como de Notarios y Registradores, como de los particulares (obligación de colaboración, obligación de comunicación previa de modificación subjetiva o transmisión de concesiones).

⁴² (2004) aptado. II.

⁴³ Sobre los límites admisibles de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados por las normas tipificadoras de infracciones, véase GALLARDO CASTILLO (2008): 108 y ss.

blemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada” (STC 151/97, 305/93, 116/93, etc.).

Y como segundo comentario, es obligado hacer referencia a un viejo problema, cual es el solapamiento de infracciones sobre dominio público con el supuesto básico de extinción de concesiones y autorizaciones consistente en “falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, declarados por el órgano que otorgó la concesión o autorización”. Es un supuesto que afecta por igual a los tres ámbitos aquí estudiados, dado el carácter básico del precepto. La jurisprudencia mayoritaria es hoy tajante en la distinta naturaleza de uno y otro supuesto, así como en no reconocer carácter sancionador al supuesto que deriva en extinción del título habilitante⁴⁴. La consecuencia jurídica es relevante en cuanto al procedimiento que debe tramitarse para determinar la extinción, que no habrá de ajustarse a las exigencias del procedimiento administrativo sancionador.

2.b). *La tipificación de sanciones*

Las sanciones tipificadas por la legislación que venimos estudiando se reconducen mayoritariamente a las de carácter pecuniario, siguiendo la pauta general del Derecho Administrativo Sancionador. Las tres leyes comentadas contienen previsiones de sancionar mediante multa, y además, en el ámbito estatal se contempla la sanción de declaración de inhabilitación para ser titular de autorizaciones y concesiones durante un plazo de uno a tres años.

Junto a la tipificación de sanciones, se recoge en los tres ámbitos comparados, la reparación o indemnización del daño por parte del infractor⁴⁵, pero dejando

⁴⁴ STS de 29 de abril y de 5 julio de 1988, STS de 20 de octubre de 1990; o STS de 18 de julio de 1994.

⁴⁵ El art. 193.3 LPAP dice “Con independencia de las sanciones que puedan imponérsele, el infractor. *estará obligado a la restitución y reposición de los bienes a su estado anterior, con la indemnización de los daños irreparables y perjuicios causados*, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente. El importe de estas indemnizaciones se fijará ejecutoriamente por el órgano competente para imponer la sanción”. El art. LPA establece “Quienes tengan a su cargo la legislación o hagan uso de los bienes o derechos de dominio público o privado de la Comunidad Autónoma o de las Entidades públicas de ella dependientes, están obligados a su custodia, conservación y utilización con la diligencia debida, *debiendo indemnizar en su ca-*

claro el carácter no sancionador de esta obligación. En realidad estos pronunciamientos de la legislación patrimonial podrían haberse obviado, puesto que el art. 130.2 de la Ley 30/1992 declara con carácter básico la compatibilidad entre sanciones administrativas y “la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados”. Por consiguiente, la única misión de estos preceptos en la legislación de bienes es servir de mero recordatorio.

Pasemos a analizar cómo se han tipificado las sanciones en las Leyes estudiadas, siguiendo el orden de exposición local, autonómico y estatal.

En el ámbito local andaluz, la tipificación de las sanciones en los arts. 76 y 77 LBELA rompe con la simetría que reina entre estos preceptos al tipificar infracciones, lo cual puede tomarse como un indicio que venga a ratificar la independiente funcionalidad de cada uno de estos preceptos, en la línea mantenida antes al tratar de la tipificación de la infracción. Aunque en ambos casos la Ley elige como sanción la multa económica, el art. 76 concreta su montante atendiendo a la cuantificación del perjuicio provocado por la infracción; mientras que el art. 77 lo hace sobre la base de la clasificación de la sanción según su gravedad. Y en cuanto a los límites cuantitativos de la sanción, la multa relativa a las infracciones sobre bienes de dominio público oscilará, dice el art. 76 de la Ley, entre el tanto y el duplo del perjuicio ocasionado; mientras que tratándose de las previstas por el art. 77, para una infracción leve, la sanción oscilará entre 10.000 y 500.000 pesetas (60,10 a 3.005,06 euros); las para las graves entre 500.001 y 2.500.000 pesetas (3.005,07 a 15.025,30 euros), y para las muy graves entre 2.500.001 y 5.000.000 de pesetas (15.025,31 a 30.050,61 euros)⁴⁶.

so al titular del derecho por los daños y perjuicios que produzcan y que no sean consecuencia del uso normal de los bienes”; su reglamento ejecutivo añade en el art. 241.2 que “En el referido expediente deberán informar preceptivamente el Gabinete jurídico de la Consejería de la Presidencia y, en su caso, técnicos competentes.” Finalmente, el art. 72 LBELA establece que “1. Las personas que, aun a título de simple inobservancia, causen daños en el dominio público de las Entidades Locales u ocupen bienes sin título habilitante o lo utilicen contrariando su destino normal o las normas que lo regulan, serán sancionadas con (...), con independencia de la reparación del daño y de la restitución de lo usurpado. En todo caso, se dará audiencia al infractor. (...) 3. La Entidad Local no podrá, en ningún caso, dejar de adoptar las medidas tendentes a devolver los bienes al estado anterior a la producción del daño.” Es de resaltar cómo esta última Ley amplía de forma interesante el contenido de la obligación que corresponde a la Administración (en este caso Local Andaluza) de protección de sus bienes, imponiendo una actuación positiva tendente a la reparación y restitución, cosa que no integra el contenido del art. 28 LPAP.

⁴⁶ La concreción en euros de las horquillas previstas por la Ley se realiza por el art. 168 del Decreto 18/2006.

Merece destacarse que el art. 76, relativo a actuaciones ilegales que afectan a dominio público, la sanción es de multa cuantificada en función del *perjuicio ocasionado*. REBOLLO PUIG considera que esta forma de diseñar la sanción tiene por objeto no tanto facilitar un resarcimiento a la Entidad local titular del bien dañado, como reflejar la gravedad de la conducta infractora⁴⁷, aspecto este, sin embargo, que siempre se puede tener en cuenta a la hora de concretar la cuantía de la sanción, incluso si ésta se define legalmente mediante la determinación de una horquilla de cifras. Como quiera que sea, en nuestra opinión, lo peculiar de configurar así una sanción es que eleva la valoración del daño provocado por la comisión de la infracción a la condición de requisito para la cuantificación de la sanción, de manera que en caso de que la comisión de la infracción no implique perjuicio alguno (como podría ocurrir, por ejemplo, en la infracción consistente en usar u ocupar sin título), el tipo de la sanción conlleva la imposibilidad de sancionar.

Pasando a comentar el art. 77 LBELA, observemos que la tipificación de la sanción ya no se basa en el daño ocasionado, como en el artículo precedente, sino en la clasificación de la sanción en leve, grave y muy grave, estableciéndose límites mínimos y máximos para cada una de ellas (antes reproducidos), a los que habrá de atender la ordenanza local sancionadora, cuya cobertura ofrece este art. 77.

Conviene recordar que no juega para el ámbito local andaluz el límite general de cuantificación de sanciones del art. 141 LBRL (750, 1500 y 3000 euros de tope, respectivamente, para infracciones leves, graves y muy graves). Volviendo a insistir en lo dicho páginas atrás al tratar sobre las fuentes del derecho sancionador patrimonial, la regulación de la LBRL se establece “salvo previsión legal distinta”, por lo que la regulación del art. 77 LBELA impide que despliegue sus efectos el límite estatal básico, por importante que sea la diferencia de topes máximos entre éste y el de la Ley Andaluza.

En segundo lugar, resulta altamente llamativo que la LBELA proceda a la clasificación de las sanciones sin haber procedido previamente a realizar una clasificación de las infracciones en leves, graves y muy graves, con la que establecer correspondencia. ¿Deben ser la ordenanza local la que clasifique las infracciones?, ¿Puede defenderse que el art. 129 Ley 30/1992 presta cobertura a una eventual remisión a la ordenanza, para que clasifique las infracciones cuando establece que “*las disposiciones reglamentarias de desarrollo* podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas le-

⁴⁷ REBOLLO PUIG, M.: Voz “Sanciones Pecuniarias” en *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, 2010, p. 994, constando, a su vez, que en nuestro Derecho este tipo de sanciones no suponen una confusión entre la finalidad punitiva y la reparadora, como se ha ocurrido y criticado en Francia.

galmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”? Según nuestro parecer, ambas cuestiones merecen una respuesta negativa, basada en el papel que corresponde desempeñar a la Ley en la tarea tipificadora de infracciones y sanciones, papel que excluye cualquier remisión en blanco a la norma reglamentaria como la que se diría que contiene el art. 77 LBELLA para la clasificación del tipo de la infracción. La previsión del art. 129 Ley 30/1992 flexibiliza esa exigencia, pero es claro que no prescinde de la intervención la Ley, pues expresamente se refiere al “cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente”.

La omisión de la clasificación de infracciones en la LBELLA constituye una importante laguna jurídica de la Ley andaluza que, por lo explicado, no puede sustituirse por la previsión en ordenanza local, pero sí podría intentarse su integración a través del título XI LBRL, por servir éste a los supuestos “en defecto de normativa sectorial específica”. Ciertamente que esa normativa sectorial específica existe, pero igualmente clara es la laguna jurídica en ella. La operación de integración no requeriría más que establecer la correspondencia entre las sanciones muy graves, graves y leves de la LBELAA con la clasificación de las infracciones muy graves, graves y leves del art. 140 LBRL. Sin embargo, hay un obstáculo jurídico que esta operación no puede salvar y es que la clasificación del art. 140 LBRL cuando se refiere al patrimonio local, lo hace respecto a bienes afectos a un servicio o uso públicos, lo que trunca la conexión con el art. 77 LBELAA, que como dijimos, se prevé únicamente para bienes patrimoniales.

En el ámbito autonómico andaluz, la Ley 4/1986, utiliza el mismo criterio de tipificación de sanciones que hemos visto para el demanio local, aunque con mayor dureza en la sanción, y sin hacer distinciones entre bienes demaniales y patrimoniales. En efecto, la Ley prevé una sanción que oscile entre “el tanto y el triple del valor del daño” (art. 114). Se prefiere el triple como límite máximo, mientras que la misma infracción si se comete sobre demanio local, tendría como límite máximo el duplo del daño provocado. Para esta diferencia de trato no encontramos justificación, máxime teniendo en cuenta que son normas provenientes de un mismo legislador autonómico.

Para terminar con las sanciones autonómicas, prestemos atención a la Disposición Adicional Séptima de la Ley 4/1986, que dice: “El Consejo de Gobierno mediante decreto procederá, cuando las circunstancias así lo aconsejen, a la modificación de las cuantías de las sanciones en materia patrimonial con objeto de adecuar el montante de las mismas a la naturaleza y gravedad de los actos que las originen. Las cuantías así modificadas no podrán ser objeto de mera revisión,

de acuerdo con los criterios establecidos en el párrafo anterior, hasta transcurrido el plazo de un año”. El precepto contiene una deslegalización que va más allá de permitir una actualización de las cuantías sancionadoras, pues una cosa es actualizar las cuantías, por ejemplo, para atender a la depreciación de la moneda por el paso del tiempo, y otra muy distinta adecuar las sanciones “a la naturaleza y gravedad de los actos que originen las infracciones”, cosa que nos tememos que no puede someterse a deslegalización sin infringir el principio constitucional de legalidad.

En el ámbito estatal la tipificación de sanciones de la LPAP no presenta mayor problema: a las infracciones muy graves les corresponde sanción de hasta 10 millones de euros, a las graves de hasta un millón de euros y a las leves de hasta cien mil euros. Todas estas sanciones pecuniarias, por su consideración de ingresos de Derecho Público, cuentan la habilitación prevista en la Disposición Adicional 11^a Ley 33/03 para ser actualizadas por una Ley de presupuestos. Aparte de que, para tal cosa, una Ley no requiera de una autorización como la transcrita, resulta llamativo que en esta Disposición la habilitación para la actualización no alcance igualmente a las infracciones, que se gradúan en función de distintos umbrales relativos a la cuantía del daño provocado (art. 192, apartados 1.a, 2.a y 3.a).

Como peculiaridad, la Ley estatal no sólo contempla sanciones pecuniarias. Estas constituyen la regla general, pero además se prevén algunas otras modalidades de sanción. Así, y con carácter general, se define una sanción complementaria consistente en la inhabilitación para ser titular de autorizaciones y concesiones por un plazo de uno a tres años (art. 193 LPAP). Esta sanción complementaria se tipifica para los casos de reincidencia⁴⁸. No precisa la Ley qué infracciones pueden, por reincidencia, dar lugar a la imposición de esta sanción complementaria, pero dada su relevancia, el principio de proporcionalidad descartaría su validez en caso de que se aplicara a reincidencias en infracciones de poca entidad. Por otro lado, es de reseñar la ausencia en la legislación andaluza autonómica y local, de este tipo de sanciones complementarias, que pudieran desempeñar un interesante papel tanto disuasorio de la reincidencia y como de protección preventiva del patrimonio público.

⁴⁸ Da por supuesto la Ley lo que hay que entender por “reincidencia”. La Ley 30/1992 lo tiene en cuenta como “criterio para la graduación de la sanción a aplicar”. Según su art. 131.3.c) se produce reincidencia “por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme”, definición con la que debería integrarse el silencio de la Ley 33/2003 en este extremo. Con otras características la actuación podría constituir reiteración, pero no reincidencia.

Existe además en la Ley estatal una sanción específica para la infracción grave consistente en no comunicar la existencia de saldos y depósitos abandonados en entidades financieras (art. 18 Ley 33/03). Se trata de una sanción que no tiene parangón en el ámbito andaluz, lo cual no es de extrañar puesto que se refiere a una infracción diseñada en relación con un modo de adquirir *ope legis* que únicamente corresponde a la Administración estatal, y por ello, carece de sentido en las esferas autonómicas o local. Consiste la sanción en una multa de hasta 10 euros por cada día de retraso en el cumplimiento del deber de comunicar los saldos y depósitos abandonados, a contar desde el trigésimo día natural posterior a aquél en que nazca esa obligación.

En ocasiones se ha cuestionado la naturaleza sancionadora de esta multa, queriendo ver en ella una multa coercitiva^{49 50} (STSJ Cataluña de 7 de noviembre de 2001), pero esta calificación jurídica no convence porque las multas coercitivas son simplemente un medio de ejecución forzosa y carecen, por tanto, de naturaleza sancionadora. El art. 193 de la Ley 33/03, muy al contrario, establece expresamente sanciones propiamente dichas⁵¹. La que nos ocupa se diseña atendiendo al elemento temporal, pero no para establecer una periodicidad en el devengo de sanciones, sino para el cálculo de la cuantía de la sanción, de manera que se atiende al número de días de incumplimiento de la obligación que pesa sobre la entidad financiera, una vez que, a partir del día trigésimo primero puede considerarse que se produce tal incumplimiento. El montante de la sanción se halla, según prescribe el art. 193.2, multiplicando el número de días que haya durado el incumplimiento por la cantidad de 10 euros, y siempre con el límite máximo de un millón de euros

⁴⁹ Para TRAYTER este precepto contiene no una sanción, sino una multa coercitiva (TAYTER, J.M.: “Régimen sancionador (artículos 192 a 197)” en MESTRE DELGADO, J.F. (Dir): *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones públicas*. Madrid, 2004, p. 1322). ASTRAY SUÁREZ FERRÍN señala que aunque no se trata de una sanción, se repite en el tiempo como la multa coercitiva, y afirma que “comparte caracteres tanto de la multa-sanción (es consecuencia de una previa infracción y se determina en procedimiento sancionador rigiéndose por los principios de la potestad administrativa sancionadora) como de la “multa-coerción” (se reitera por lapsos de tiempo hasta el completo cumplimiento por el obligado)” [(2008): 1358].

⁵⁰ Como bibliografía específica sobre la multa coercitiva, en general, puede consultarse PIZARRO NEVADO, R.: “La multa coercitiva” en *Revista del poder judicial*, n° 62, 2001, págs. 375-418; MANTECA VALDELANDE, V.: “La multa coercitiva como instrumento de ejecución de las administraciones públicas”(1) y (2) en *Actualidad administrativa*, n° 14 y 15, 2011.

⁵¹ El art. 193 se intitula, precisamente, “sanciones” y su apartado 2 determina literalmente “La infracción contemplada en el párrafo g del apartado 2 del artículo anterior se sancionará con una multa de hasta 10 euros por cada día de retraso en el cumplimiento del deber de comunicar la existencia de los saldos y depósitos abandonados, a contar desde el trigésimo día natural posterior a aquél en que nazca esa obligación” (la cursiva es enfática); dicción que no puede interpretarse más que como la tipificación de una sanción para una infracción concreta.

(que es el previsto para las infracciones graves, como ésta). No hay, pues, en este artículo, previsión de reiteración de sanciones periódicamente establecidas, sino la previsión de una única sanción calculada en función del tiempo que se haya mantenido el incumplimiento el sujeto infractor. Además, por otro lado, la sanción así impuesta podrá ser eventualmente exigida (como las demás multas previstas en la Ley), entre otros medios de ejecución forzosa, mediante las multas coercitivas definidas en el art. 197 de la propia Ley (que establece para ellas el límite cuantitativo del 20% de la sanción impuesta y el temporal de no poderse reiterar en plazos inferiores a ocho días).

3) Principio de proporcionalidad

La proporcionalidad, como principio general del Derecho⁵² tiene un papel destacado desde la perspectiva del Derecho Administrativo sancionador. Así, se enuncia en el art. 131 Ley 30/1992 donde se establece que “en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada”, relacionando a continuación los criterios que habrán de considerarse especialmente para graduar la sanción a la hora de aplicarla: intencionalidad o reiteración, naturaleza de los perjuicios y reincidencia.

Para el ámbito local andaluz, la LBELA proporciona los elementos de graduación para la sanción en sus arts. 76 y 77. En conjunto la Ley ofrece 5 criterios, siendo tres de ellos de aplicación tanto para sanciones relativas a los bienes de dominio público como las que recaen sobre bienes patrimoniales, y los otros dos, uno específico para bienes demaniales y el otro para bienes patrimoniales. El Decreto 18/2006, por el que se aprueba el reglamento de la LBELA, no se hace eco de esta distinción (y su art. 168, que desarrolla el art. 77 de la Ley remite sin más al 167.2, paralelo del art. 76 de la Ley), pero como en la Ley sí recoge la distinción, necesario será hacer la diferencia. Los tres criterios generales de graduación de la sanción guardan cierto paralelismo con los explicitados por el art. 131.3 Ley 30/1992, y son los siguientes:

- La cuantía del daño.
- El beneficio obtenido por el infractor. Con mejor técnica, en el caso de bienes patrimoniales, la Ley 30/1992 habla de “utilidad” que reporte la comisión de la infracción.

⁵² LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.: *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988; ANDRÉS PÉREZ, M. R.: *El Principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Bosch, Barcelona, 2008.

– La reincidencia. El reglamento andaluz puntualiza, y adecuando el texto de la LBELA a la Ley 30/1992, especifica que se trata de la reincidencia por la comisión en el plazo de un año de una o más infracciones de la misma naturaleza, cuando hayan sido declaradas por resoluciones firmes.

En el caso de infracciones sobre bienes patrimoniales, el criterio de graduación específico en la LBELA es el de la “buena o mala fe del infractor”; criterio que el reglamento reformula aludiendo a “la existencia o no de intencionalidad”. En relación con este criterio es conveniente recordar que en Derecho Administrativo sancionador, la intencionalidad no sólo puede tenerse en cuenta para verificar la concurrencia de todos los elementos del tipo de la infracción (elemento subjetivo) sino también como criterio de graduación, como bien indica el art 131 de la Ley 30/1992. Y estando así proclamado desde la Ley 30/1992, pese a que la LBELA lo silencia para los bienes demaniales ¿no ha de mantenerse su aplicación directa a la graduación de la sanción de una infracción contra bienes de dominio público?

En el caso de infracciones sobre bienes demaniales, la LBELA acude a un criterio específico de graduación que, por lo inusual, es bastante original⁵³. Se trata, ni más ni menos, que de tener en cuenta “las circunstancias personales y económicas del infractor”. Hay que reconocer que con esta expresión se otorga un margen de apreciación excesivamente amplio, en nuestra opinión, a la Administración sancionadora, que pudiera dar lugares a flagrantes discriminaciones de difícil fiscalización. El reglamento intenta corregir este resultado agregando el requisito de que las circunstancias que puedan emplearse para graduar la sanción previamente “sean objetivamente establecidas en las Ordenanzas”. La exigencia reglamentaria debe ser bienvenida, a nuestro modo de ver, por lo que supone en cuanto que elemento corrector de la excesiva discrecionalidad que se acaba de criticar. Aún así no puede pasarse por alto la contradicción en la que incurre el reglamento con el añadido que comentamos, puesto que exige la previa aprobación de Ordenanza local para aplicar este criterio de graduación sobre una sanción prevista por la comisión de infracciones sobre dominio público, infracción que, como vimos al analizar el principio de tipicidad, puede perseguirse sin necesidad de desarrollo en Ordenanza, sino directamente apelando a la Ley.

Pasando a ocuparnos del patrimonio autonómico andaluz, apuntemos que en la Ley 4/1986 no se encuentra referencia alguna a los criterios que habrá de utilizar la Administración autonómica para graduar el ejercicio de su potestad san-

⁵³ Aunque en la Ley extremeña 2/2008, de Patrimonio, se introduce también este criterio.

cionadora. Su reglamento no mejora esta situación jurídica, ante la que habría que defender la aplicación directa de los expresamente mencionados en el art. 131 Ley 30/1992, que, por otro lado, vienen a coincidir (total o parcialmente) con los recogidos en la LBELA y en la LPAP. Urge, con todo, una revisión de la Ley andaluza para adecuarla a los mandatos constitucionales explicitados por la Ley 30/92.

En cuanto al ámbito estatal, los criterios de graduación de la LPAP coinciden parcialmente con los ya expuestos del régimen local y en la Ley 30/1992. En concreto, su art. 193 incorpora los siguientes para concretar la cuantía de la multa:

- el importe de los daños causados.
- el valor de los bienes o derechos afectados.
- la reiteración por parte del responsable.
- el grado de culpabilidad del responsable.

De estos cuatro criterios, destaca por su originalidad el relativo al valor de los bienes o derechos afectados, aunque no se entiende qué relación sustantiva puede tener el valor de los bienes afectados con la cuantía de la sanción que no quede comprendido ya en el criterio que le precede, relativo al importe de los daños causados. Hay que señalar, por otro lado, que el criterio quizás no sea lo claro que debiera, pues habría sido deseable que indicara el tipo de valor a que se refiere, que no necesariamente ha de ser el puramente económico.

Después de repasar las tres regulaciones, cabría hacer una crítica global y cuestionar si los criterios que se acaban de exponer se adecuan plenamente a los resaltados por la Ley 30/1992 como criterios que deben ser *especialmente considerados* para la cristalización del principio de proporcionalidad. Tanto la intencionalidad como la reincidencia sí son tenidos en cuenta por las leyes que comentamos; sin embargo, no puede decirse lo mismo, nos parece, del criterio de “la naturaleza de los perjuicios causados”. Estimamos que este criterio no se refiere tanto, o al menos únicamente, a la cuantía de los perjuicios económicamente valorados (como hacen las leyes analizadas) como a los perjuicios que se provocan en relación con el bien jurídico protegido por la regulación sancionadora, que en nuestro caso puede identificarse con los perjuicios o perturbación del fin de uso general o servicio público al que se ha destinado el bien demanial en cuestión. Por esta razón, valoramos positivamente los criterios recogidos en el art. 140.2 LBRL (previstos en defecto de legislación sectorial aplicable), que atienden a “(l)a intensidad de la perturbación ocasionada en el uso de un servicio o de un espacio público por parte de las personas con derecho a utilizarlos”; “(l)a intensidad de la perturbación ocasionada en el normal funcionamiento de un servicio público”. En nuestra opinión, la legislación pa-

trimonial estatal y autonómica merecerían una revisión desde esta perspectiva para incorporar este importante criterio de proporcionalidad.

En otro orden de cosas, fijémonos en que para el ámbito estatal, la LPAP, añade la previsión de circunstancias atenuantes orientadas a fomentar o facilitar el restablecimiento del orden jurídico y material perturbado. Así, el art. 193.1 *in fine* LPAP establece concretamente: “se considerará circunstancia atenuante, que permitirá reducir la cuantía de la multa hasta la mitad, la corrección por el infractor de la situación creada por la comisión de la infracción en el plazo que se señale en el correspondiente requerimiento”.

A nuestro modo de ver, y teniendo en cuenta la finalidad perseguida, resulta plenamente acertada la incorporación de atenuantes en la regulación sancionadora, por lo que nos atrevemos a aconsejar al legislador andaluz que procediera a modificar en tal sentido las leyes autonómicas con las que se establece el régimen sancionador en el ámbito patrimonial autonómico y local de esta Comunidad Autónoma.

Para terminar el comentario desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, conviene traer a colación que de los tres ámbitos estudiados, el ámbito local andaluz es el único que atiende directamente al mandato de anulación del beneficio derivado de la comisión de la infracción, contenido en el art. 131.2 Ley 30/1992, según el cual “(e)l establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”. El Decreto 18/2006 desarrolla este precepto en su art. 167.3, bajo el título “criterios generales del régimen sancionador”, por lo que se diría que la regla puede ser aplicada tanto para completar los supuestos del art. 76 de la LBELAA (bienes demaniales) como del art. 77 (bienes patrimoniales). En concreto establece que “[c]uando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por el infractor, la sanción será aumentada hasta el importe en que se haya beneficiado, con el límite máximo previsto en el artículo 166 de este Reglamento” (límite que no es otro que el establecido en art. 76 de la Ley).

El que una previsión de esta índole se haga directamente el reglamento, Decreto 18/2006, mientras que la LBELA lo silencia, en nuestra opinión, proyecta sobre el reglamento una sombra de invalidez por vulneración del principio de reserva de ley de la tipificación de la sanción, que no queda amparado por el mandato del art. 131.2 de la Ley 30/1992, arriba transcrito. No obstante, opinamos que el Decreto 18/2006 salva su legalidad en este punto al explicitar que el aumento de la sanción tiene como límite máximo el duplo del daño ocasionado, o sea, el mismo límite que la sanción máxima permitida por la Ley. Ciertamente,

respetando este límite no hay reproche de ilegalidad que hacer al reglamento, pero es obvio que se aviene mal con el sentido del art. 131 Ley 30/1992, ya que para los supuestos más graves en los que el beneficio que la comisión de la infracción supere el duplo del daño, la norma no consigue el efecto disuasorio que persigue, sino que, por el contrario, en esos casos, puede seguir conviniendo cometer la infracción.

La falta de previsión en la regulación patrimonial sancionadora estatal o autonómica andaluza de este criterio de modulación cuantitativa de la sanción orientado a la anulación del beneficio derivado de la comisión de la infracción, impide aplicarlo a la hora de establecer sanciones relativas a los patrimonios estatal y autonómico andaluz. En efecto, para llegar a esta conclusión basta comprobar que la Ley 30/1992 contiene un mandato dirigido al legislador sectorial, cuyo pronunciamiento no puede sustituirse por la decisión de la Administración a la hora de aplicar la sanción correspondiente. Una vez más, en consecuencia, sugerimos al legislador competente la modificación de la legislación actualmente vigente para perfeccionarla con la incorporación de la modulación indicada.

4. Principio de prescripción de infracciones y sanciones

La prescripción es una de las causas de extinción de la responsabilidad administrativa, que se sustenta, entre otros, en el principio de seguridad jurídica y en el de proporcionalidad. Puede operar tanto en la fase de declaración de responsabilidad -prescripción de la infracción- como en la fase de ejecución de la responsabilidad declarada -prescripción de la sanción-. La regulación de esta figura en la Ley 30/92 es, como se sabe, de carácter general y subsidiaria, lo que permite que la legislación sectorial contemple normas distintas sobre prescripción. Repasemos, pues, los problemas jurídicos que este principio plantea en la legislación de bienes públicos en cuanto a la determinación del plazo de prescripción y del momento en que tal plazo comienza a computarse (*dies a quo*).

4.a) *La determinación del plazo de prescripción*

Empecemos por la concreción del plazo de prescripción que, por mala técnica legislativa en el derecho sancionador patrimonial, presenta algunos escollos que sortear. Para el ámbito local andaluz, hay que hacer notar que el principio de prescripción no se regula por la LBELA, lo que obliga a acudir a la previsión supletoria del art. 132 Ley 30/1992, del siguiente tenor:

“Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, **las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves**

a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.”

En el ámbito local andaluz, en donde hemos visto que la Ley habilita para sancionar directamente las infracciones cometidas sobre dominio público (sin necesidad de Ordenanza propia), se plantea el problema de que como la LBELA no gradúa ni las infracciones ni las sanciones, el art. 132 Ley 30/92 no tiene fácil articulación, salvo que una Ordenanza local aporte esa clasificación (cosa que ya se ha dicho que puede ser de validez discutible). En defecto de Ordenanza local que realice la graduación, proponemos que, para eludir cualquier problema de invalidez de la sanción, se aplique la garantía de la prescripción en el sentido más favorable para el infractor. Ello supone generalizar los plazos determinados para los supuestos leves, de forma que todas las infracciones prescribirían en plazo de seis meses y las sanciones al año. A nadie se le oculta que esa solución implica un importante límite al ejercicio de la potestad sancionadora sobre bienes demaniales, que, por los defectos de técnica legislativa de la propia LBELA, queda condicionada en la forma expuesta a menos que una Ordenanza venga a paliar estas deficiencias, ya sea graduando infracciones y sanciones (lo que permitiría conectar con el contenido supletorio del art. 132 Ley 30/1992 y aplicar distintos plazos de prescripción), ya sea para, además, indicar otros plazos específicos de prescripción, aspecto que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo no está reservado a Ley⁵⁴.

Pasando al ámbito autonómico andaluz, encontramos este mismo silencio sobre los plazos de prescripción en la Ley 4/1986, pero el art. 246 de su reglamento determina que “Las infracciones administrativas prescribirán a los seis meses del hecho productor del daño (...)”, y nada añade respecto de la prescripción de las sanciones. La previsión reglamentaria de un plazo general de prescripción de infracciones⁵⁵ obstaculiza la aplicación subsidiaria de los plazos que, en función de

⁵⁴ STC 29/1989 y STS de 24 de julio de 2000 (Ponente: Trujillo Mamely). La doctrina ha planteado la cuestión de los límites cuantitativos de la fijación reglamentaria del plazo de prescripción de infracciones en ausencia de Ley especial, para concluir la ilegalidad de determinación por reglamento (sin amparo de Ley previa) de plazos de prescripción que rebasen los supletorios de la Ley 30/1992. Así, MESTRE DELGADO, J.F.: “La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración pública” en *Estudios sobre la constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, vol. III, Citiyas, Madrid, 1991, p. 2515; BELTRAN AGUIRRE, J.L.: “La prescripción de las infracciones administrativas: unificación de la doctrina jurisprudencial” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 73, 1990, p. 112 y ss (según cita GALLARDO CASTILLO, ob. cit., p.235).

⁵⁵ Remitiéndonos a la nota anterior, tampoco a esta previsión reglamentaria puede hacerse reproche alguno de validez desde la óptica del principio de legalidad.

la gravedad de la infracción, contempla la Ley 30/1992, y dado que el reglamento establece un único plazo de prescripción de infracciones (que coincide con el de las infracciones leves de la Ley 30/1992), finalmente en este caso la solución que podemos ofrecer es materialmente idéntica a la propuesta para el ámbito local: la aplicación de un plazo de seis meses de prescripción para las infracciones, cualquiera que pueda ser su grado.

Y en cuanto a la prescripción de las sanciones autonómicas andaluzas, como ni la Ley ni su reglamento se pronuncian al respecto, lejos de concluir con la exclusión de la garantía de la prescripción, la solución jurídica a la omisión normativa que podemos propugnar es igual que la sugerida para el ámbito local: aplicación generalizada del plazo mínimo de prescripción de la sanción previsto como subsidiario por la Ley 30/1992, esto es, un año.

Este panorama contrasta vivamente con el de la legislación patrimonial del Estado. En la Ley 33/03 se regulan todos los elementos que hacen posible la aplicación plena de la garantía de la prescripción, sin problema alguno. En la Ley se establecen unos plazos de prescripción de 3 años para las infracciones y sanciones muy graves, dos años para las infracciones y sanciones graves, seis meses para infracciones leves y un año para las sanciones leves. Resulta inmediato que estos plazos coinciden con los subsidiarios de la Ley 30/1992. Igual hubiera dado, por tanto, que el legislador no se hubiera pronunciado y hubiera permitido la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, aunque, evidentemente, esta conclusión solo puede mantenerse si la Ley 30/1992 no sufre modificación en este punto.

4.b) *La fijación del dies a quo del plazo de prescripción.*

En otro orden de consideraciones, el segundo aspecto importante que tratar en relación con la garantía de la prescripción es el de la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción. La Ley 30/1992 regula este tema estableciendo que **el plazo de prescripción de las infracciones** comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido y el de prescripción de las sanciones, el día en que devienen firmes (art. 132).

Sin embargo, la determinación de uno y otro momento no es cuestión siempre sencilla. La identificación del momento de comisión de la infracción corresponde al legislador, y no a la Administración sancionadora, ni a la jurisdicción contencioso-administrativa al controlar la legalidad de sus decisiones. Es el legislador el que, según tipifique las acciones u omisiones, construye el ilícito como infracción instantánea, permanente o de estado, con la consiguiente diferenciación de cuándo se tiene por cometida la infracción, y cuándo comienza la prescripción de la misma. El problema aparece cuando, como ocurre en el Derecho patrimonial que analizamos, el

legislador se limita a definir la infracción sin hacer calificación jurídica de su naturaleza o sin especificar el *dies a quo* de la prescripción correspondiente, aspecto en el que la parca regulación la Ley 30/1992 no puede arrojar luz, ni siquiera con carácter subsidiario. En estos casos, el operador jurídico se ve obligado a analizar la norma tipificadora y examinar en ella la acción definida como infracción, para poder determinar la clase de infracción de que se trata (instantánea, de estado, permanente) y, con ello, el momento de su comisión que es en el que comenzará prescripción de la infracción. Como de todas esas clases podemos encontrar referencias en el derecho sancionador patrimonial, necesario será adentrarnos en esta diferenciación.

En el caso de las **infracciones instantáneas o de estado**, el momento en que se consuma la infracción (y por tanto, comienza la prescripción de la misma) es aquel en que se produce la situación antijurídica; mientras que en las **infracciones permanentes**, la infracción se consuma (y empieza a transcurrir el periodo de prescripción) cuando da término a la situación antijurídica provocada con la conducta infractora. Veámoslo con mayor detenimiento. Las infracciones **instantáneas** se caracterizan “porque la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido se produce mediante una actividad momentánea que marca la consumación del ilícito. La infracción se consuma en el momento en que se produce el resultado, *sin que ése determine la creación de una situación antijurídica duradera*. Por tanto, en este caso, el plazo de prescripción comienza a correr en el momento en que se realiza la acción típica que produce aquel resultado con el que se consuma el delito”⁵⁶. Entre la legislación patrimonial analizada en este trabajo, puede considerarse que se tipifican como infracciones instantáneas, por ejemplo, causar o producir daños en bienes demaniales (art. 192, apartados 1.a, 2.a y 3.a LPAP; o art. 76 LBELA).

A diferencia de lo anterior, cuando en la tipificación de la infracción, el legislador no sólo incluye la creación de una situación jurídica sino también su mantenimiento en el tiempo, la infracción puede diseñarse como infracción permanente o como infracción de estado. Lo característico en las **infracciones permanentes** es que “determinan la creación de una situación antijurídica que se prolonga durante un tiempo por voluntad de su autor. Así, a lo largo de aquel tiempo, el ilícito *se sigue consumando*, la infracción se continúa cometiendo, se prolonga hasta que se abandona la situación antijurídica. En consecuencia, en este caso, el plazo de prescripción sólo podrá comenzar a computarse desde el momento en que ha cesado la situación antijurídica, ya que es entonces cuando se consuma la infracción”⁵⁷. En el derecho sancionador patrimonial podríamos

⁵⁶ DE PALMA DEL TESO (2001): 556-557. En el mismo sentido véase GALLARDO CASTILLO (2008): 237.

⁵⁷ DE PALMA DEL TESO (2001): 557.

considerar que obedece a esta pauta, por ejemplo, la infracción definida como “la usurpación de bienes de dominio público” (art. 192 apartado 1. b LPAP), o la referida a “ocupar bienes de dominio público sin el título habilitante” (art. 192 apartado 2.d LPAP; o art. 76 LBELA).

Las **infracciones de estado** se cometen o consumen en un momento determinado pero tienen impacto duradero, como ocurre en la infracción estatal definida como “La realización de obras, trabajos u otras actuaciones no autorizadas en bienes de dominio público, cuando produzcan alteraciones irreversibles en ellos.” (art. 192.2.b Ley 33/03). En estos casos hay que matizar y seccionar la prescripción del acto infractor (realización de obras no autorizadas), de la prescripción de las consecuencias accesorias o los efectos ilícitos del mismo (que comienza cuando cesen tales efectos), funcionando separadamente sendas prescripciones⁵⁸.

Por otro lado, hay que tener en cuenta la posibilidad de que la comisión de infracciones tenga lugar bajo la modalidad de **infracción continuada**, definida en art. 4.6 el Real Decreto 1398/1993⁵⁹ como “la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejante preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”. El inicio de del plazo de prescripción de las infracciones continuadas tiene también especialidad, puesto que la acción trasgresora persiste mientras formalmente no se ponga término a ella, ya que, como indica la definición, se produce una unidad natural de acción en la que se integran acciones repetidas en el tiempo realizadas con sentido unitario que infringen todas ellas el mismo o parecido precepto y en las que se actúa con un plan preconcebido⁶⁰. Por esa razón, la calificación de una infracción como continuada comporta que la prescripción del conjunto de las acciones comience desde la última infracción realizada⁶¹.

Finalmente, hemos de aludir a las **infracciones clandestinas u ocultas**⁶², en las que la actividad infractora es desconocida por falta de signos externos, con-

⁵⁸ NIETO considera que la construcción doctrinal de las infracciones de estado es artificiosa y nada útil, pues solo favorece a los autores de la falta sin justificación porque “es difícil de creer que la ley haya pretendido (ejemplo) sancionar una acción instantánea y dejar impune la situación jurídica consecuente”. También considera disfuncional desdoblar una única acción en dos, una la de creación y otra la de mantenimiento de la situación creada (2005: 545).

⁵⁹ Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

⁶⁰ DE PALMA DEL TESO (2001: 562) y GALLARDO CASTILLO (2008:244).

⁶¹ Otra consecuencia jurídica de las infracciones continuadas se da en el plano de la sanción que le corresponde, ya que se acumulan las infracciones a efectos de determinar la gravedad del ilícito.

⁶² TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. y AGUADO I CUDOLÁ, V.: *Derecho Administrativo Sancionador: Materiales*, Cedecs, 1995, Barcelona, p. 113.

siderándose una categoría delicada al prestarse a retrasar artificiosamente *el dies a quo* de la prescripción por parte de la Administración, con solo alegar la dificultad para conocer los efectos de la actuación infractora. A diferencia de las infracciones instantáneas, permanentes o de estado, esta clase de infracción no depende de cómo haya sido definida la infracción por el legislador, sino de la conducta de ocultación del infractor. CABALLERO SÁNCHEZ⁶³ propone, por ello, que esta categoría debe aplicarse no en los supuestos en los que la Administración tarda en percatarse de una conducta ilícita, sino en los que “el infractor realiza una actuación positiva y consciente de ocultación para evitar el conocimiento por la Administración y el castigo”. En estos casos, lo suyo sería postergar el inicio del plazo de prescripción al momento en que la Administración pudo tener conocimiento de la conducta infractora. Sin embargo, dado el tenor claro de la Ley 30/1992, afirmando que el *dies a quo* de la prescripción es el día de la comisión de la infracción, y la falta de pronunciamiento expreso del legislador en las normas que comentamos, no soy partidaria de tener en cuenta esta clasificación (ni su pretendida consecuencia jurídica) en el ámbito del derecho sancionador patrimonial, ni andaluz ni estatal.

En lo referente al ***dies a quo* del plazo de prescripción de las sanciones**, recordemos que el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 se limita a decir que el plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse “desde el día siguiente a aquel en que se adquiriera firmeza la resolución por la que se impone la sanción”. Muchas han sido las cuestiones suscitadas por la interpretación de este artículo, pero, para ceñirnos al ámbito de los problemas que plantean las normas de derecho patrimonial sancionador que constituyen el objeto de este trabajo, nuestro comentario al respecto habrá de partir del dato de que los órganos administrativos competentes para imponer sanciones patrimoniales agotan vía administrativa con sus actos^{64 65}. En términos del art. 132 de la Ley 30/1992, el que las sanciones patri-

⁶³ CABALLERO SÁNCHEZ, R: “Prescripción de infracciones y sanciones” en LOZANO CUITANDA, B.: *Diccionario de sanciones administrativas*, 2010, 1ª edición, p. 649-650.

⁶⁴ En la esfera estatal, la competencia para sancionar corresponde, dependiendo de la cuantía y del tipo de infracción, al Consejo de Ministros, al Ministro de Hacienda, al Ministro titular del departamento a los que estén afectados los bienes, o a los presidentes o directores de los organismos públicos que sean sus titulares o los tengan adscritos (art. 197 Ley 33/03). En el ámbito autonómico andaluz la competencia para imponer sanciones la ostenta la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas (art.114 Ley4/1986, en conexión con el Decreto 113/2010, de 13 de abril, de estructura orgánica de la misma), siendo el Consejero el órgano competente, de acuerdo con el art. 26.2.1) de la Ley 9/2007 de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, que establece que “2. Además de sus atribuciones como miembros del Consejo de Gobierno y las que les asignan esta y otras leyes, a las personas titulares de las Consejerías les corresponde: (...) l) Ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, en los casos en que les corresponda”. Y finalmente, en el ámbito local de Andalucía, el ejercicio de la potes-

moniales que estamos estudiando agoten la vía administrativa significa tanto como decir que son firmes, pues, según interpreta la jurisprudencia, la Ley se refiere en este precepto a la firmeza en vía administrativa, esto es, la que corresponde a los actos sancionadores dictados por órganos que directamente agotan la vía administrativa (así como, aunque no sea el caso en el ámbito patrimonial de este artículo, a actos dictados en resolución del recurso de alzada interpuesto contra sanciones que no agotan originalmente la vía administrativa, o también a sanciones que no agotan la vía administrativa, pero contra las que no se puso recurso de alzada en plazo). Por tanto, el *dies a quo* de la prescripción de tales sanciones coincide con el de su eficacia, al ser ése el momento en que devienen ejecutivos.

Esta conclusión viene avalada por un pronunciamiento reciente del Tribunal Supremo, recogido en Sentencia de 20 de diciembre de 2012⁶⁶, dictada en casación, en donde el Alto Tribunal hubo de dilucidar los efectos que se desprendían de la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la validez de

tad sancionadora se hace residir en la Presidencia de la Entidad Local (art. 169 D 18/2006) No obstante, para los municipios de gran población, corresponde a la Junta de Gobierno Local “(e)jercer la potestad sancionadora salvo que por ley esté atribuida a otro órgano.” (art. 127.1.1 Ley 7/1985, de 2 de abril). Los actos de este órgano agotan la vía administrativa, igual que los del Alcalde, por lo que nada altera su eventual competencia sobre lo que se comenta en el texto principal respecto a la prescripción de la sanción. Como se indica en el texto principal, todos los órganos administrativos referidos en esta nota agotan la vía administrativa con sus resoluciones, en virtud, respectivamente, del 109 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, del art. 112 Ley 9/2007 de 22 de octubre de la Administración de la Junta de Andalucía, y del art. 52 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

⁶⁵ Eludimos, pues, entrar en los problemas jurídicos derivados de la interpretación del art. 132 de Ley 30/1992 en los casos de sanciones que no agotan la vía administrativa, y se interpone un recurso de alzada, remitiéndonos a la síntesis que ofrece la reciente Sentencia de la Sección 5^a del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2013 (Ponente Oro-Pulido López), así como su interesante Voto Particular. Esta Sentencia recoge y reitera la doctrina legal fijada en la Sentencia de 22 de septiembre de 2008 (recurso de casación en interés de la ley n^o 69/2005), en el sentido de que “interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción.”; y además niega que el tiempo que dure la tramitación del procedimiento para la resolución del recurso de alzada pueda computarse a efectos de prescripción, sobre la base de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004 (recurso de casación en interés de la ley n^o 97/2002) que establece como doctrina legal que: “El límite para el ejercicio de la potestad sancionadora, y para la prescripción de las infracciones, concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, sin poder extender la misma a la vía de recurso”.

⁶⁶ Dictada por la Sala 3^a de este Tribunal al resolver el recurso n^o 3495/2009, siendo ponente Campos Sánchez-Bordona.

una sanción, en el sentido de si ello postergaba el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la sanción cuestionada al momento en que la Sentencia que resolviera el contencioso ganara firmeza o, por el contrario, si ello mantenía inalterado el *dies a quo* del plazo de prescripción de la sanción en el momento en que se hubiera producido la firmeza en vía administrativa de la sanción. Es claro que la primera opción evita que el plazo de prescripción de la sanción se desarrolle simultáneamente al devenir del proceso contencioso-administrativo que juzgue la validez de la sanción; mientras que la segunda interpretación permite que el tiempo que dure el proceso contencioso hasta conseguir una Sentencia firme sea computado como tiempo de prescripción de la sanción⁶⁷, sobre cuya validez versa el proceso.

El Tribunal se decanta a favor de la segunda opción, admitiendo como regla general el transcurso del plazo de prescripción de la sanción a lo largo de la duración del proceso contencioso-administrativo, con la excepción de los supuestos en que la eficacia de la sanción se hubiera suspendido de forma efectiva como medida cautelar obtenida del órgano jurisdiccional. La clave, por tanto, radica en “la decisión cautelar adoptada por el juez. Si ésta resulta contraria a la suspensión de la resolución sancionadora, dicha resolución, que nunca perdió su cualidad de “firme en vía administrativa” (sin la que no podría ser impugnada), despliega de nuevo su carácter ejecutivo. El inicial obstáculo a su ejecutividad, derivado de la interposición del recurso judicial con solicitud de medida cautelar, resulta en tales casos desbloqueado o desactivado por virtud de la decisión del órgano jurisdiccional llamado precisamente a resolver sobre la suspensión del acto impugnado, que la deniega. Y desde ese mismo momento la Administración tiene expedita su acción para proceder a la ejecución del acto (en lo que aquí importa, al cobro de la multa impuesta), con la consecuencia de que su demora más allá del plazo fijado en la ley para hacerlo (esto es, para que prescriba la sanción) acarrea el efecto extintivo de la acción de cobro.”⁶⁸

⁶⁷ Es la opinión de GALLARDO CASTILLO, quien afirma que “el recurso contencioso-administrativo- tanto su interposición como la duración de su resolución mediante sentencia definitiva. No afecta a la prescripción de la resolución sancionadora”, que “cuando ponga fin a la vía administrativa, podrán ejecutarse inmediatamente, salvo, claro está, que se acuerde su suspensión” (2008): 254.

⁶⁸ FJ 7 de la citada sentencia. Como argumento adicional, la Sentencia incorpora el siguiente “La conclusión anterior resulta, por lo demás, coherente con el principio que inspira el régimen general de la prescripción extintiva: el tiempo para la prescripción de las acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará “desde el día en que pudieron ejercitarse” (artículo 1969 del Código Civil)”

V. UNA REFLEXIÓN FINAL

A lo largo del análisis comparativo que antecede se han puesto de relieve un número importante de aspectos que mejorar en los textos normativo estudiados, pero a modo de colofón del trabajo cabe hacer alguna reflexión sobre la realidad jurídica que arroja el estudio que antecede. La primera de ellas es la confirmación de que el Derecho Administrativo Sancionador correspondiente a la regulación patrimonial general responde a una de las características destacadas por la doctrina como nota del actual Derecho Administrativo Sancionador, que denomina NIETO “fraccionamiento”, en los niveles estatal, autonómico y local (y en este último nivel, cabría diferenciar a su vez dos estratos: el ámbito local con legislación patrimonial propia y el ámbito local que se rige subsidiariamente por el título XI LBRL). Resaltar esto resulta una obviedad en el panorama del Estado descentralizado que es España, que hace suya la pluralidad de regímenes territoriales cuyas diferencias en materia sancionadora, ha admitido la jurisprudencia constitucional con el límite de la irrazonabilidad y desproporcionalidad al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio. Pero la valoración de si las divergencias localizadas en este estudio sobrepasan o no lo necesario y lo racional, está por hacer.

¿Es una divergencia constitucionalmente admisible que los bienes patrimoniales de unas Administraciones públicas sean elemento de tipos de infracción y en otras no? ¿La necesidad y razonabilidad del sistema patrimonial no supone límite alguno a la decisión legislativa de someter los bienes privados o patrimoniales a un régimen sancionador? ¿Qué puede exigir que si se provocan daños en un bien (demanal o patrimonial) de la Junta de Andalucía, la sanción oscile entre el tanto y el triplo del valor del daño, mientras que si la misma infracción afecta a un bien de un Municipio andaluz, la horquilla de la sanción vaya del tanto y el duplo del perjuicio ocasionado si el bien es demanal, pero si es patrimonial para una infracción leve, la sanción oscile entre 10.000 y 500.000 pesetas (60,10 a 3.005,06 euros); para las graves entre 500.001 y 2.500.000 pesetas (3.005,07 a 15.025,30 euros), y para las muy graves entre 2.500.001 y 5.000.000 de pesetas (15.025,31 a 30.050,61 euros); todo ello en contraste con la tipificación de la sanción de la misma infracción dispuesta para el caso en que el bien (demanal) pertenezca a un Ayuntamiento donde sea aplicable el título X LBRL, caso en que el tope de la infracción leve es 750 euros, para la grave 1.500 y para las muy graves 3000 euros? ¿Son constitucionalmente admisibles estas diferencias de trato sancionador?

Entendemos que la concreción de lo que sean “divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio”, necesita un parámetro de referencia, parámetro que

hoy por hoy, en nuestra opinión, no existe, quizás por un malentendido reparto de títulos competenciales. El que el legislador estatal haya tenido que distinguir en la LPAP entre preceptos básicos, preceptos de aplicación general, y preceptos únicamente aplicables al Patrimonio del Estado, en conjunción con el carácter adjetivo de la potestad sancionadora estatal respecto de su patrimonio, no debería haber llevado a la LPAP a no dotar de carácter básico el pronunciamiento sobre si los bienes demaniales deben monopolizar el protagonismo de los tipos de infracciones, o por el contrario también lo pueden hacer los bienes patrimoniales. A nuestro modo de entender, esa legislación básica debería igualmente haber contemplado, de forma sopesada, algunos tipos de infracciones y sanciones, constituyéndose en parámetro de lo racional y proporcionado; haber abordado también otras cuestiones, entre las que cabe destacar los criterios básicos de graduación a la hora de sancionar, o las medidas de anulación del beneficio derivado de la comisión de infracciones (puesto que el art. 131.2 de la Ley 30/1992 impone tal contenido), o incluso la regulación de los plazos de prescripción. Estos pronunciamientos básicos permitirían compatibilizar las necesarias divergencias de trato jurídico que pudieran hacerse desde los sistemas normativos autonómicos, al tiempo que permitirían valorar su racionalidad y proporcionalidad.

El posible argumento de que el derecho administrativo sancionador no necesita de una tipología de carácter básico, dado su carácter instrumental o adjetivo, contrasta vivamente, en nuestra opinión, con la realidad jurídica de otros sectores donde esa regulación sancionadora básica sí existe⁶⁹ y también con el contenido de los artículos 139 y 140 LBRL, añadidos por la reforma realizada por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local. Siendo el objetivo de la reforma el facilitar a las Entidades Locales el ejercicio de la potestad sancionadora en su vertiente normativa, no puede dejar de subrayarse que una de las materias que recibe atención en estos artículos sea, precisamente, el patrimonio público demanial (con infracciones por impedir su uso, y por deteriorarlo de forma grave y relevante). El carácter subsidiario de estos nuevos preceptos de la LBRL desmerece la necesidad de una uniformidad en la regulación (lo que desde estas páginas se cuestiona), pero, por un lado, no deja de poner de relieve la necesidad misma de la propia existencia de tal regulación, puesto que si las Comunidades Autónomas no la ofrecen, se ha previsto la regulación subsidiaria de la LBRL para que en todo caso, pueda existir Ordenanza tipificadora

⁶⁹ Sin ir más lejos, en el Título VII de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del Empleado Público, se regula en ejercicio del título competencial del art. 149.1.apartados 7 y 18 CE (Disposición Final 1ª) el régimen de responsabilidad disciplinaria del personal que entra en el ámbito de aplicación de la Ley (art. 2 y ss), tipificando las infracciones muy graves y estableciendo criterios para la concreción de las faltas graves; tipificando las sanciones y fijando los plazos de prescripción de infracciones y sanciones.

de infracciones y sanciones en el ámbito de nuestro interés; y por otro lado, supone la plasmación de un parámetro de lo que pueda entenderse por proporcionado y racional, aunque sea únicamente en el ámbito local (limitación que también podría cuestionarse en su justificación).

VI. BIBLIOGRAFÍA*

ABAJO QUINTANA, J.J.: “De la obligación de proteger y defender el patrimonio. Artículos 28 y 29” en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO/DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO: *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Justicia/Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

AHUMADA RAMOS, F.J.: *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, 2004, Aranzadi, 2^o edición.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *El procedimiento sancionador y los derechos fundamentales*, 2007, Civitas, Madrid.

ALEGRE ÁVILA, J.M.: “La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública y la Jurisdicción Contencioso-administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2005.

ANDRÉS PÉREZ, M^a. R.: *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, 2008, Bosch, Barcelona.

ARAGÓN SÁNCHEZ, J.D.: “Responsabilidades y sanciones respecto a los bienes locales” en FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, F.: *Régimen jurídico de los bienes de las Entidades Locales en Andalucía*. CEMCI. Granada, 2007.

ARIAS MARTÍNEZ, M.A.: “Breve apunte sobre la potestad sancionadora de las entidades locales tras la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local por la Ley 57/2003 de Medidas para la Modernización del Gobierno Local” en *Revista Xurídica Galega* n^o 45, 2004.

ASTRAY SUÁREZ FERRÍN, M.: “Título IX. Régimen sancionador” en *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi & Ministerio de Justicia, 2008.

BERMEJO VERA, J.: *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Thomson Civitas, 2005.

BOIX REIG, F.J.: “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*” en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005.

* En la preparación de este trabajo ha colaborado Dña. rocío M. Navarro González, con una actividad complementaria a su formación como doctoranda, consistente en el manejo de bases de datos para el rastreo de jurisprudencia necesario para la redacción de la nota a pie n^o 4, así como para la localización y gestión de referencias bibliográficas.

CABALLERO SÁNCHEZ, R.: voz "Prescripción de infracciones y sanciones" en LOZANO CUTANDA, B.: *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, 2010.

CASARES MARCOS, A.: *Principio de legalidad y ejercicio de la potestad administrativa sancionadora*. IAAP, 2012.

CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, J.L.: "Sobre la potestad sancionadora municipal" en *Cuadernos de Derecho Local*, nº 6, 2004.

CHINCHILLA MARÍN, C.: *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, 2004.

CLAVERO ARÉVALO: "La alienabilidad del dominio público" en *RAP* nº 25, 1958.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M. y SAAVEDRA RUIZ, J.: *Delitos contra el patrimonio*, La Ley, 2007.

DE FUENTES BARDAJI, J.: *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Tomo I, 2009.

DE DIEGO DÍEZ, L.A.: *Prescripción y caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Bosch, Barcelona, 2009.

DE PALMA DEL TESO, A.: "La culpabilidad" ,en *Justicia Administrativa*, nº extraordinario 1 dedicado a Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador, 2001.

– *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Ed. Tecnos, 1996.

FANLO LORAS, A.: "El alcance del principio de inembargabilidad de los bienes y derechos de las Entidades Locales: a propósito de la STC 166-1998, de 15 de Julio" en *Justicia administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, nº 3, 1999.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: voz "Bienes públicos: infracciones y sanciones" en LOZANO CUTANDA, B.: *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, 2010.

– "La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los bienes públicos" en *Documentación Administrativa*, 2008.

FONT Y LLOVET, T.: "La protección del dominio público en la formación del Derecho Administrativo español. Potestad sancionadora y resarcimiento de daños" en *R.A.P.* nº 123, 1990, p. 7 y ss.

GALLARDO CASTILLO, M^a J.: "Las ordenanzas municipales y su deficiente cobertura legal tras el pacto local" en *R.E.D.A.* nº 144, 2009.

– *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Iustel, Madrid, 2008.

– *El Derecho de Bienes de las entidades Locales. Teoría y práctica jurisprudencial*. Ed. La ley-El Consultor, 2007.

GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *El procedimiento administrativo sancionador*. Tirant lo Blanch, 2001.

GARCÍA MANZANO, P.: "La potestad reglamentaria en el Proyecto de Ley de medidas para la modernización del gobierno local" en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 12, 2004.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. y AGOUES MENDIZÁBAL, C.: *Derecho de los Bienes Públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2006, Civitas.

HORGUÉ BAENA, (Coord.): *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2007.

LASAGABASTER HERRARTE, I.: “La potestad sancionadora local en la Ley 57/2003 DE Medidas para la modernización del Gobierno local” en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 68, 2004.

LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos, Madrid, 1993.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: *El Principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *El principio “non bis in idem”*. Dykinson, 2004.

LOZANO CUTANDA, B.: “Régimen sancionador” en CHINCHILLA MARÍN, M.C.: *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid, 2004.

– “La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo”, en *R.A.P.* nº 129, 1992.

MANTECA VALDELANDE, V.: “Reclamación de responsabilidad a las Administraciones Públicas (IX): supuestos especiales de responsabilidad” en *Actualidad Administrativa*, nº 7, 2011.

– “La multa coercitiva como instrumento de ejecución de las administraciones públicas”(1) y (2) en *Actualidad administrativa*, nº 14 y 15, 2011.

MESEGUER YEBRA J.L.: *La prescripción de las infracciones administrativas*, Bosch, Barcelona 2002.

– *El principio “non bis in idem” en el procedimiento administrativo sancionador*. Ed. Bosch, 2000.

MESTRE DELGADO, J.F.: *El Régimen Jurídico General del Patrimonio de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*, El Consultor, 2004.

– “Los principios de la potestad sancionadora” en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993.

MESTRE DELGADO, J.F.: “La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración pública” en *Estudios sobre la constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: *El dominio público: construcción doctrinal*. Ed. Trivium, 1992.

MUÑOZ MACHADO, S.: *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005.

NIETO, A.: *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, 2005.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: “Protección penal de los bienes públicos” en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: *Diccionario de Obras Públicas y Bienes Públicos*, Iustel, 2007.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “Protección penal de los bienes públicos” en GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *Derecho de los bienes públicos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

PAREJO ALFONSO, L., PALOMAR OLMEDA, A. y AGUILAR ZABALLOS, E.: *Derecho de los bienes públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009.

PARDO ÁLVAREZ, M. y GÓMEZ TOMILLO, M.: “El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador” en *Actualidad Administrativa*, nº 2, 2001.

PIZARRO NEVADO, R.: “La multa coercitiva” en *Revista del poder judicial*, nº 62, 2001.

QUINTANA LÓPEZ y CASARES MARCOS: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009,

REBOLLO PUIG, M.: “Voz Sanciones Pecuniarias” en LOZANO CUTANDA, B.: *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, 2010.

REGO BLANCO, M.D.: “Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución” en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 32, 1997.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Derecho Administrativo Patrimonial. Comentario a la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Tomo II. Ed. Bosch. Barcelona, 2005.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. y MARTÍNEZ CUENCA, A.: *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, 2011.

SIBINA TOMÁS, D.: “Las Ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público (II)” en *Cuadernos de Derecho Local*, 2003.

TAYTER, J.M.: “Régimen sancionador (artículos 192 a 197)” en MESTRE DELGADO, J.F. (Dir.): *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid, 2004.

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. y AGUADO I CUDOLÁ, V.: *Derecho Administrativo Sancionador: Materiales*, Cedecs, Barcelona, 1995.

TOSCANO GIL, F.: *Autonomía y potestad normativa local*. Comares, 2006.

La configuración de los Colegios Profesionales como entidades de mediación

Irene Araguàs Galcerà

Universidad de Barcelona
Dpto. de Derecho Administrativo y Procesal

SUMARIO

I.- Planteamiento. II.- CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA MEDIACIÓN. 1. El concepto de mediación, sus principios rectores y sus principales ventajas. 2. Mediación natural, mediación profesional y mediación institucional. III.- LA MEDIACIÓN INSTITUCIONAL EN EL MOMENTO PRESENTE. 1. El fomento de la mediación institucional por los poderes públicos. 2. Marco normativo de la mediación institucional en España. A. La regulación estatal. B. La regulación autonómica. IV.- EL PAPEL DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES EN EL SEÑO DE LA MEDIACIÓN INSTITUCIONAL: SU CONFIGURACIÓN COMO INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN. 1. Una cuestión previa: Colegios Profesionales que tienen la consideración de entidades de mediación. 2. La organización de un servicio público de mediación por parte de los Colegios Profesionales. A. Tipos de mediación que pueden llevar a cabo los Colegios Profesionales. Mediación privada VS. Mediación pública. B. Materias sobre las que pueden mediar los Colegios Profesionales. 3. Las personas mediadoras. Formación y mecanismos de control. A. La formación de las personas mediadoras. B. Mecanismos de control sobre las personas mediadoras. a. Vinculación a una institución de mediación. b. Deberes registrales de los mediadores. c. Responsabilidad civil de los mediadores. d. Régimen sancionador de los mediadores. e. Códigos de conducta de los mediadores. 4. El procedimiento de mediación y el acuerdo de mediación. A. La solicitud de mediación y la designación de mediador. B. El desarrollo de la mediación. C. La terminación de la mediación. D. La retribución del mediador. E. El acuerdo de mediación. 5. Funciones relacionadas con el desarrollo e impulso de la mediación institucional. V.- CONSIDERACIONES FINALES

PALABRAS CLAVE:

Colegios Profesionales, mediación, formación mediadores.

RESUMEN:

De conformidad con la última Ley estatal de mediación en materia civil y mercantil, los Colegios Profesionales han adquirido la condición de entidades de mediación.

La mediación es un sistema alternativo de resolución de conflictos que, en relación a la vía judicial, presenta numerosos beneficios, entre los que se encuentran un menor coste, la rapidez o un mayor cumplimiento de los acuerdos adoptados. Estas ventajas que plantea la mediación han provocado un aumento significativo de las personas que acuden a la mediación, así como de las normas que la regulan. Entre los aspectos más importantes de esta nueva regulación, se encuentra la preparación y formación de los mediadores. Además, la nueva normativa también persigue el fomento y desarrollo de la mediación, lo cual es posible gracias a la colaboración de diferentes entidades, como los Colegios Profesionales.

En este trabajo, intentaremos clarificar cuál es el papel de los Colegios Profesionales en el ámbito de la mediación institucional y las reglas que les resultan de aplicación cuando éstos actúan como entidades de mediación.

KEY WORDS:

Professional Association, mediation, mediator's skill and training.

ABSTRACT:

According to the last Spanish legislation on mediation in civil and mercantile affairs, Professional Associations have become mediation institutions.

Mediation is a form of alternative dispute resolution (ADR) that includes a lot of benefits, like cheapness, quickness or compliance. The strengths of mediation have resulted in a significant improvement in the use of mediation and in the regulations on mediation. One of the most important aspects in the new mediation's legal framework is focused on the mediator's skill and training. These regulations also try to promote and develop mediation, which is possible thanks to the collaboration of different entities, like Professional Associations.

In this paper we will try to clarify which is the role of the Professional Associations about mediation and which are the rules that have to be applied when they act like a mediation institution.

I. PLANTEAMIENTO¹

El régimen jurídico de los Colegios Profesionales en España viene conformado, esencialmente, por los preceptos que les dedica nuestra Carta Magna²; por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (en adelante LCP), de carácter básico en muchos de sus preceptos³; así como por la legislación autonómica de desarrollo, que se ha plasmado en las diversas leyes sobre Colegios Profesionales que han dictado todas las Comunidades Autónomas, con la única excepción de Asturias⁴.

Esta regulación ha sido objeto de diversas modificaciones, que han afectado, sobretudo, a la LCP, norma que en breve se verá derogada definitivamente por la entrada en vigor de la Ley de Servicios Profesionales estatal⁵. La última de las

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2012-32130 “Público y privado en la ordenación y prestación de actividades y servicios: intereses generales, derechos sociales y libertades económicas”, concedido por el Ministerio de Educación de España.

² Así, el art. 36 CE dispone: “La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”.

Además de este precepto, también inciden, aunque de manera más indirecta, en la configuración y régimen jurídico de los Colegios Profesionales los artículos 22 CE (libertad de asociación); 139 CE (libre circulación y establecimiento de personas en todo el territorio español); 149.1 CE apartados 18 y 30 (bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y requisitos de las profesiones tituladas, respectivamente).

³ Al tratarse de una norma preconstitucional, debe “inferirse” cuáles son los preceptos básicos, tarea que resulta posible gracias a los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en este ámbito, entre los que pueden destacarse las siguientes sentencias: STC 89/1989, de 11 de mayo; STC 113/1994, de 25 de abril; STC 179/1994, de 16 de junio; y, más recientemente, la STC 3/2013, de 17 de enero.

⁴ Así, en materia de Colegios Profesionales, a nivel autonómico se han dictado las siguientes normas: Ley del País Vasco 18/1997, de 21 de noviembre, de ejercicio de profesiones tituladas y de colegios y consejos profesionales; Ley 6/1997, de 4 de diciembre, de Consejos y Colegios Profesionales de la Comunidad Valenciana; Ley 8/1997, de 8 de julio, de Colegios Profesionales de Castilla y León; Ley foral 3/1998, de 6 de abril, de Colegios Profesionales de Navarra; Ley 10/1998, de 14 de diciembre, de Colegios Profesionales de las Illes Balears; Ley 4/1999, de 31 de marzo, de Colegios Profesionales de La Rioja; Ley 10/1999, de 26 de mayo, de creación de Colegios Profesionales de Castilla y la Mancha; Ley 6/1999, de 4 de noviembre, de Colegios Profesionales de la región de Murcia; Ley 1/2001, de 16 de marzo, de Colegios Profesionales de Cantabria; Ley 11/2001, de 18 de septiembre, de colegios profesionales de la Comunidad Autónoma de Galicia; Ley 31/1998, de 6 de abril; Ley catalana 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de las profesiones tituladas y de los Colegios Profesionales.

⁵ En la fecha de cierre de redacción de este trabajo, la tramitación de la Ley de Servicios Profesionales se encontraba en fase de anteproyecto, aprobado por el Consejo de Ministros el 2 de agosto de 2013, y habiendo finalizado el período de enmiendas el 16 de septiembre de 2013.

modificaciones de la LCP, operada por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante Ley 5/2012), ha tenido por objeto incorporar entre las finalidades de los Colegios Profesionales “el impulso y desarrollo de la mediación”, añadiendo una letra ñ) al art. 5 LCP. Ello, junto con las demás previsiones de la Ley 5/2012 y de las diversas normas autonómicas en materia de mediación, tiene como resultado la configuración de los Colegios Profesionales como entidades de mediación.

Esta última modificación en el régimen jurídico de los Colegios Profesionales llega en un momento especialmente convulso para estas Corporaciones, y es que, pese a la relevancia que les otorga su reconocimiento constitucional, los Colegios Profesionales siempre han estado en el “ojo de huracán” del debate jurídico y político. Mientras que, en un primer momento, dicho debate se centraba en determinar cuál era la naturaleza jurídica de estas corporaciones (cuestión que aún no ha sido zanjada)⁶; en el momento actual, el foco de discusión se centra en la propia configuración legal de los Colegios Profesionales y las funciones que éstos deben (o no deben) realizar.

Los nuevos tintes que ha adquirido el debate relativo a los Colegios Profesionales son consecuencia de la profunda revisión que ha experimentado su regulación a raíz de la aprobación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante Directiva de Servicios) y su transposición al ordenamiento jurídico español⁷, que ha conllevado la modificación de todas aquellas

⁶ Sobre las distintas posturas doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales, véase: BAENA DE ALCÁZAR, M. *Los Colegios Profesionales en el Derecho Administrativo Español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1968; CALVO SÁNCHEZ, L. *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Ed. Civitas, Madrid, 2000; AAVV (Coord. MARTÍN-RETORTILLO, L.), *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1996; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “Naturaleza de las Corporaciones Públicas Profesionales”, *Revista Española de la Administración Pública*, Civitas, núm. 39, 1983; SALOM PARETS, A., *Los Colegios Profesionales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.

⁷ Sobre la transposición de la Directiva Servicios, hay abundante literatura jurídica. Sin ánimo de exhaustividad, podemos hacer referencia a las siguientes obras: AA.VV. *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios*, 2009, 25ª edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios, Madrid; AA.VV., “El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo” (Dir. E. MOREU CARBONELL), Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2010; AA.VV., *Retos de la Directiva de Servicios*, *Revista Catalana de Dret Públic* n°42, in totum (Dir. B. NOGUERA y S. SARTORIO), 2010; AAVV. *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales* (Dir. AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B.), Atelier, 2012; AAVV. *La termita Bolkestein* (Dir. A. NOGUEIRA), Dykinson, 2012; DE LA CUADRA SALCEDO JANINI, T. “¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?”, *Revista Española de Derecho Europeo* n°22, Madrid, 2007; DE LA CUADRA SALCEDO, T. *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva*

normas legales (estatales y autonómicas) así como reglamentarias que contradicen sus previsiones.

A nivel estatal, como todos sabemos, la transposición de la Directiva Servicios se ha llevado a cabo, fundamentalmente, a través de dos normas: la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas) y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Ómnibus).

En el ámbito autonómico, el proceso de transposición de la Directiva Servicios ha seguido cauces distintos según la Comunidad Autónoma. Mientras que ha habido Comunidades que han optado por modificar cada una de las leyes sectoriales afectadas por la Directiva Servicios, otras han preferido dictar una “Ley Ómnibus autonómica”⁸.

123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009; FUERTES LÓPEZ, M., “Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios”, *RCDP* n°42, pp. 57-83, 2011; GARCÍA LÓPEZ, P.A., “Transposición de la Directiva de Servicios en el caso de España”, *Partida Doble* núm. 195, 2008; GONZÁLEZ GARCÍA, J., “La transposición de la Directiva de Servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32, 2009; LAGUNA DE PAZ, J.C., “La Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “Naturaleza de las Corporaciones Públicas Profesionales”, *Revista Española de la Administración Pública*, Civitas, núm. 39, 1983; MUÑOZ MACHADO, S. y FERNÁNDEZ, T.R. (2008). “La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor”, *Asociación para el Progreso de la Dirección*, núm. 231, 2008; PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus de su impacto en nuestro sistema”. *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, junio 2009; RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009; RIVERO ORTEGA, R., “Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: Problemas de su transposición en España”, *Revista de Estudios Locales*, número monográfico, 2009; VILLAREJO GALLENDÉ, H., SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. “El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios”, en Informe de Comunidades Autónomas 2008, vol. I, Ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2009.

Asimismo, también en el Derecho comparado podemos encontrar obras sobre la materia. Al respecto, pueden verse: D’Agunto, S., “Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points”, *Revue du droit de l’Union Européenne* n°2; PELOW, K., “La libre prestation de services dans la Directive n° 2006/123/CE”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n°44, 2008; BARNARD, C., “Unraveling the Services Directive”, *Common market Law Review*, 45, 2008; DAVIS G., “The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration”, *European Law Review* n°2, 2007.

⁸ Entre otras, han dictado leyes ómnibus autonómicas: las Islas Baleares (Ley 12/2010, de 12 de noviembre, de modificación de diversas leyes para la transposición en las Illes Balears de la Directiva 2006/123/CE); o Galicia (Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas Leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior). En el caso de Cataluña, el proceso de incorpora-

En relación a la prestación de servicios profesionales, la adaptación al Derecho Europeo provocó la modificación de la LCP y de las diversas normas autonómicas reguladoras de los Colegios Profesionales⁹, lo cual se ha realizado de manera irregular según la Comunidad Autónoma y, con carácter general, de manera poco satisfactoria¹⁰. Finalmente, también se han tenido que modificar las normas reglamentarias con incidencia en materia de servicios profesionales, esto es, fundamentalmente, los estatutos colegiales¹¹.

Todo este entresijo de normas derivadas de la Directiva Servicios ha representado importantes modificaciones en el régimen jurídico de los Colegios Profesionales, hasta el extremo de que los fundamentos sobre los que se asentaban estas Corporaciones han sido replanteados.

Las consideraciones anteriores adquieren nuevos matices a la luz de las previsiones del Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales de 2 de agosto de 2013. El modelo colegial que plantea esta norma, fuertemente criticado por los propios Colegios Profesionales, sitúa a los mismos ante un panorama incierto, siendo cuestionada, incluso, la supervivencia de los mismos, especialmente en relación con los Colegios que van a dejar de ser de colegiación obligatoria, plan-

ción de la Directiva Servicios a la legislación autonómica se ha llevado a cabo a través de tres normas: la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica; la Ley 10/2011, de 29 de diciembre de simplificación y mejora de la regulación normativa; y la Ley 11/2011, de 29 de diciembre, de reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa.

⁹ Sobre el impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en los Colegios Profesionales y las reglas que se derivan de esta nueva regulación: CARLÓN RUIZ, M., “El impacto de la Transposición de la Directiva de Servicios en el régimen jurídico de los Colegios Profesionales”, *RAP* núm. 183, 2010; DEL SAZ CORDERO, S. “La modificación de la Ley estatal 2/1974, de colegios profesionales, como consecuencia de la transposición de la Directiva de servicios”, *Revista catalana de dret públic*, Núm. 42, junio 2011; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Presente y futuro de los Colegios Profesionales” en AGUADO CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (Dir.) (2012): Págs. 191 y siguientes; VICENTE RUIZ, M^oD., “La reforma de la Ley de Colegios Profesionales impulsada por la Directiva de Servicios”, *Boletín Económico de Información Comercial Española* núm. 2990, 2010, Págs. 51 a 57.

¹⁰ A día de hoy, Comunidades Autónomas como Canarias, Castilla la Mancha, la Comunidad Valenciana, Extremadura, Murcia y el País Vasco, mantienen en materia de colegios profesionales sus legislaciones anteriores a la Ley Paraguas, y entre las Comunidades que sí se han adaptado, algunas lo han hecho sólo de forma parcial. En este sentido se pronuncia la Comisión Nacional de la Competencia en el “Informe sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios” aprobado en su sesión de 18 de abril de 2012, según el cual únicamente están totalmente adaptadas a la legislación básica Aragón y Cantabria. Pág. 35. El informe se encuentra disponible en: <http://www.cncompetencia.es/>

¹¹ Al respecto, el informe de la Comisión Nacional de la competencia de 18 de abril de 2012 señala la dificultad de extraer unas conclusiones generales, dada la enorme casuística, pero detecta numerosos supuestos en los que los Estatutos Colegiales no se han adaptado correctamente a las previsiones de la Directiva Servicios, ya sea de manera general o en algunos aspectos concretos.

teándose si los mismos deben ser reconducidos a otras formas jurídicas como las asociaciones profesionales.

Con este telón de fondo, las normas estatales y autonómicas que regulan la mediación institucional siguen una dirección opuesta, atribuyendo a los Colegios Profesionales la condición de instituciones de mediación o entidades mediadoras, y reconociéndoles importantes funciones públicas vinculadas a la implantación y desarrollo de la mediación institucional, cada vez más en auge.

Las cuestiones más importantes que suscita el nuevo estatus de los Colegios Profesionales como instituciones de mediación son objeto de estudio en este trabajo.

II. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA MEDIACIÓN

Antes de analizar cuál es el papel de los Colegios Profesionales en el seno de la mediación institucional, resulta necesario realizar una aproximación a ciertos aspectos esenciales de este sistema de resolución de conflictos, que pasa por conocer el propio concepto de mediación, sus principios rectores y principales ventajas; así como los distintos tipos de mediación.

1. El concepto de mediación, sus principios rectores y sus principales ventajas

La mediación es un sistema de resolución de conflictos que tiene dos rasgos que la definen y la dotan de sustantividad propia:

– En primer lugar, la mediación es un sistema de resolución de conflictos autocompositivo. Es decir, en contraposición a los métodos o sistemas heterocompositivos, que son aquellos en que un tercero impone a las partes en conflicto la solución al mismo a través de una resolución (por ejemplo, una resolución judicial o un laudo arbitral); los sistemas autocompositivos se caracterizan porque son las partes quienes alcanzan el acuerdo que pondrá fin a su controversia y, aunque intervenga un tercero, su participación irá a dirigida únicamente a facilitar a el acuerdo de las partes por ellas mismas.

Pese a que los sistemas autocompositivos presentan numerosas ventajas, debemos tener en cuenta que no todos los conflictos pueden resolverse a través de estos métodos. La voluntariedad que subyace a los métodos de resolución de conflictos autocompositivos lleva aparejadas dos limitaciones: la primera de ellas, de derecho, exige que el conflicto a resolver recaiga sobre materias disponibles por las partes; la

segunda limitación, de hecho, se concreta en que no todos los conflictos, aún versando sobre materias disponibles, reúnen los requisitos o condiciones para poder ser resueltos a través de métodos autocompositivos, pues aunque el punto de partida, obviamente, es un conflicto, es necesario que haya una mínima voluntad de las partes de acercamiento y que las posturas no estén muy enconadas.

– En segundo lugar, la mediación se incardina dentro de los denominados métodos alternativos de resolución de conflictos, conocidos bajo las siglas anglosajonas ADR (*Alternative Dispute Resolution*), en las que el adjetivo “alternativo” va referido a la opción que representa la mediación, junto con otros sistemas de resolución de conflictos como el arbitraje o la conciliación, frente a la judicialización de los conflictos.

Pese a lo anterior, debemos tener en cuenta que, en muchas ocasiones, la mediación guarda una estrecha relación con los procesos judiciales, pues ésta se encuentra vinculada o tiene carácter complementario a un proceso vivo, supuesto en que hablamos de mediación judicial, intrajudicial o mediación conectada con el tribunal¹², institución que también existe en los países de nuestro entorno¹³.

Sobre la base de los elementos apuntados, y pese a que la mediación va a revestir distintas características en función de las partes implicadas, el tipo de conflicto o el ámbito material en el que se dé, podemos, de manera amplia, definir la mediación como un sistema alternativo de resolución de conflictos en el que interviene un tercero que, actuando con imparcialidad, ayuda a las partes a comunicarse para resolver su controversia de común acuerdo.

Así, sin perder de vista que el objetivo de la mediación es que las partes lleguen a un acuerdo de manera voluntaria, la misma estará regida por una serie de principios dirigidos a obtener esta finalidad, principios rectores de la mediación entre los que se encuentran el principio de voluntariedad, imparcialidad e igualdad entre las partes y confidencialidad¹⁴.

En relación a estos principios, la voluntariedad es, con toda probabilidad, el principio de la mediación que suscita más controversia. Mientras resulta indiscu-

¹² Sobre el tema, SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación conectada con los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011. Págs. 245 y siguientes.

¹³ En este sentido, *Rapport d’Information sur la médiation en Europe, Assemblée nationale*, 13 de febrero de 2007, citado en SOLETO MUÑOZ, H. (2011): Pág. 252.

¹⁴ Respecto al principio de confidencialidad, debemos destacar que hay ciertas excepciones al mismo, como sucede, por ejemplo, cuando con ocasión de la mediación, se conocen casos de violencia o abuso

tible que la voluntariedad estará presente a lo largo del procedimiento así como en la adopción de la resolución final, se plantean dudas acerca de si el sometimiento a la mediación debe ser necesariamente voluntario o, por el contrario, en determinados supuestos puede establecerse, ya sea *ex lege* o mediante pronunciamiento judicial, la obligatoriedad de asistir, como mínimo, a la primera sesión de mediación, denominada informativa.

Ante esta disyuntiva, parece que la derivación judicial se encuentra aceptada por la mayoría de la doctrina¹⁵ y empieza a preverse en algunas normas¹⁶; mientras que el establecimiento de la mediación obligatoria por imperativo legal plantea más reticencias, pese a la cobertura que le concede la normativa europea¹⁷.

Por su parte, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (sobre la que luego profundizaremos) viene a remarcar el carácter voluntario que, con carácter general, preside la mediación (art. 6).

Atendiendo a las características y principios de la mediación a los que acabamos de referirnos, podemos afirmar que, con carácter general, la mediación presenta una serie de ventajas sobre los demás métodos de resolución de conflictos y, especialmente, frente a la vía judicial, entre las que podemos destacar: el ahorro, la rapidez, la flexibilidad, la apaciguación o la satisfacción personal¹⁸.

contra menores, hechos que puedan ser constitutivos de delito, situaciones que pongan en peligro la integridad física o psicológica de una persona, ante la presencia de un hecho o acto ilícito. En estos supuestos, la confidencialidad decae y el mediador deberá poner dichas situaciones en conocimiento de la autoridad competente para adoptar las medidas oportunas. CAVALLI, M.C y QUINTEROS AVELLANEDA, L.G, *Introducción a la gestión no adversarial de conflictos*. Instituto Complutense de Mediación y Resolución de Conflictos, Madrid, 2010. Pág. 139.

¹⁵ Se entiende así que, siempre y cuando se respeten una serie de pautas, la voluntariedad no prima respecto a la decisión del juez de derivar, obligatoriamente, a una sesión informativa. BUTTS GRIGGS, Respuestas al cuestionario del CEJ sobre mediación, Madrid, 2008; GALEOTE MUÑOZ, M. "La necesidad de un método profesional de mediación: la importancia de la intervención del abogado en este proceso", IW Working Paper Derecho, 15 de abril de 2005; SOLETO MUÑOZ, H. (2011).

¹⁶ El Decreto catalán 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado prevé las derivaciones judiciales a la mediación en su artículo 29.

¹⁷ En este sentido, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles establece en su artículo 5.2 que: "La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial".

¹⁸ Sobre el tema: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y PENÍN ALEGRE, M.L, "Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología" en *Mediación: un método de ? de conflictos. Estudio interdisciplinar* (Coords. SANZ HERMIDA, Á. Mª y ORTIZ PRADILLO, J.C.), Ed. Colex, Madrid, 2010. Págs. 10 a 12.

Ordenadas así las cosas, las ventajas de la mediación lo son, principalmente, en relación a las partes en conflicto, pero éstas se extienden más allá, beneficiando también al conjunto de la ciudadanía así como a las Administraciones Públicas y, en particular, a la Administración de Justicia, pues la mediación, como método alternativo de resolución de conflictos, evita la judicialización de las controversias, reservando la vía judicial para aquéllos conflictos que no puedan ser resueltos de otra manera, permitiendo reducir la carga de trabajo de los tribunales, con el consiguiente ahorro que ello conlleva para todos los ciudadanos. Sobre ello, volveremos más adelante.

2. Mediación natural, mediación profesional y mediación institucional

Atendiendo a la definición de mediación que acabamos de esbozar, sus principios y ventajas, podemos deducir fácilmente que, durante muchos años, la mediación se ha desarrollado al margen de cualquier tipo de regulación o control por parte de los poderes públicos, lo que permite establecer una clara distinción entre la denominada mediación natural y la mediación institucional¹⁹ y, entre las dos categorías anteriores, la mediación de carácter profesional.

En la vida social y desde tiempos inmemoriales, se produce constantemente una mediación que tiene carácter espontáneo, que se desarrolla de manera informal. Este tipo de mediación es la denominada mediación natural, mediación que había sido actitud y función antes que técnica, y que se guiaba por el propio sentido común compartido socialmente. En la actualidad, este tipo de mediación pervive en la familia, el trabajo y otros contextos cotidianos donde cualquiera de sus miembros puede hacer eventualmente de mediador.

La evolución de la mediación natural ha dado paso a la mediación profesional, un proceso de resolución de conflictos, también desarrollado en el ámbito privado, pero mucho más estructurado y en el que la persona que ejerce la mediación tiene una capacitación especial para ejercer las tareas mediadoras²⁰. La mediación profesional y el eventual acuerdo que ponga fin a la misma tienen, co-

¹⁹ Esta clasificación entre mediación natural e institucional fue señalada por SIX en su obra *Dinámica de la mediación*, Barcelona, Ed. Paidós, 1997. Citado en BARROSO, I., HERMOSO, B. y MORENTE, F., “La mediación institucional ante el conflicto social: ¿Articulación o desarticulación de la participación ciudadana?” en *La mediación en tiempos de incertidumbre* (Dir. MORENTE MEJÍAS, F.), Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

²⁰ La mediación como técnica surgió en el ámbito académico durante los años setenta con el Proyecto Harvard de negociación de FISHER y URY, aplicándose en el terreno laboral para resolver determinados conflictos a través de la intervención de determinadas personas que ayudaban a encontrar una solución de forma más rápida, económica y formativa. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y PENÍN ALEGRE, M^a.L. (2010).

mo decimos, carácter privado, por lo que este proceso se regirá por la autonomía de la voluntad, siendo los únicos límites los que vienen impuestos por los principios que rigen la mediación, a los que ya hemos hecho referencia.

Finalmente, frente a la mediación natural y la mediación profesional, y como culminación de la evolución y perfeccionamiento de la misma, encontramos la mediación institucional, fruto del desarrollo y reglamentación de la mediación por parte de las Administraciones Públicas y de organizaciones de distinta naturaleza que inciden en las relaciones de convivencia. Así, al hablar de institucionalización de la mediación, nos estamos refiriendo al conjunto de acciones impulsadas por las Administraciones Públicas que contribuyen a la organización, implantación y difusión social de la mediación como servicio público.

La mediación institucional es, por tanto, un servicio de carácter público, que se rige imperativamente por una serie de normas preestablecidas que prevén un proceso altamente estructurado, dirigido por un mediador profesional (cuya formación también es objeto de una amplia regulación normativa) y que finaliza en un acuerdo que, normalmente, se constituye como título ejecutivo.

La mediación institucional se desarrollará, con carácter general, en el seno de una Administración Pública. No obstante, también puede suceder que la organización que preste el servicio sea de naturaleza asociativa, pero en este supuesto, y a diferencia de lo que sucede con la mediación profesional (de carácter privado), la promoción, financiación, supervisión y control de la mediación desarrollada por estas entidades serán totalmente públicos, lo que obliga a las entidades mediadoras a aceptar el protocolo de actuación impuesto por la Administración, las condiciones y limitaciones aplicables a la prestación del servicio (especialmente, en relación a la formación de los mediadores) así como los requisitos formales del proceso.

Una vez vistos los distintos tipos de mediación, al objeto de este estudio, vamos a centrarnos en la mediación institucional, por la relevancia que la misma está adquiriendo en el momento actual.

III. LA MEDIACIÓN INSTITUCIONAL EN EL MOMENTO PRESENTE

1. El fomento de la mediación institucional por los poderes públicos

Ya hemos adelantado que la mediación institucional está experimentando en los últimos años un gran impulso por parte de las autoridades públicas, fenóme-

no que no se ha producido únicamente en España, sino que también es predicable de la mayor parte de países de nuestro entorno²¹. A su vez, este proceso de institucionalización de la mediación ya se había producido años atrás en el derecho estadounidense²².

El auge de la mediación institucional al que nos venimos refiriendo se deriva, fundamentalmente, de una serie de problemas que han surgido en el actual contexto social y económico, frente a los cuales, las características y ventajas que presenta la mediación actúan como un auténtico bálsamo.

Actualmente, factores sociales como la globalización, la realización del mercado interior en la Unión Europea, la fuerte intensificación de los intercambios comerciales, el incremento de la movilidad de los ciudadanos, etc. han provocado un aumento exponencial de los conflictos y, por ende, de la procesalización de las disputas²³; aumento de la litigiosidad que no ha ido acompañado de una mejora en los recursos de la Administración de Justicia, cada vez más escasos como consecuencia de las medidas de racionalización del gasto público adoptadas en el actual contexto de crisis económica²⁴.

²¹ En el concreto ámbito de la mediación familiar, podemos ver: *Family mediation in Europe, proceedings. 4th European Conference on Family Law*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.

En el Derecho francés, podemos hacer referencia a FAGET, “La doublé vie de la médiation”, *Droit et Société*, 29, 1995; PETIT, F., AUVERGNON, P., GIL Y GIL, J.L., CRUZ VILLALÓN, J., TRUDEAU G., VEILLEUX, D., *Le règlement amiable des différends sociaux, Étude juridique: France, Espagne, Québec*, L’Harmattan, Paris, 2007.

En Italia, FABIANI, M., “Profili critici del rapporto fra mediaciones e proceso”, en *Judicium* (en línea: <http://www.judicium.it/admin/saggi/98/Fabiani.mediazione.pdf>); MESTITZ, A. y VOGLIOTTI M., “The rise and growth of mediation in Italy”, En POBLET, M., *Courts and mediation. New paths for justice*, European Press Academic Publishing, Firenze, 2011; SCARSELLI, G., “La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno”, en *Judicium* (en línea: <http://www.judicium.it/adminsaggi/46/scarselli.pdf>).

²² En Estados Unidos el denominado “movimiento de resolución alternativa de conflictos” se inició a finales de los años 60 como consecuencia de la saturación del sistema de justicia norteamericano. Así, la mediación institucional nació en el seno de los juzgados, especialmente los de primera instancia, que decidieron incorporar mediadores voluntarios durante los juicios como recurso alternativo al veredicto (BARROSO, I., HERMOSO, B. y MORENO, F. (2010).

Sobre el tema pueden verse: BUSH, R.B., FOLGER, J., *The promise of mediation*, San Francisco: Jossey Bass (New and revised edition), 2005; *Conference on rules for institutional arbitration and mediation*, WIPO publication, 1995.

²³ CARRETERO MORALES, E. “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos” en SOLETO MUÑOZ, H. (2011).

²⁴ Así, la Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia prevé, entre otras, que la actuación de jueces sustitutos y magistrados suplentes sea excepcional, ante circunstancias de necesidad acreditada y motivada (arts. 199, 200, 215 LOPJ, en su nueva redacción).

Todo ello ha llevado al colapso e ineficiencia de la Administración de Justicia, demostrando así la insuficiencia y obsolescencia de los sistemas clásicos de resolución de conflictos y provocando, en algunos casos, situaciones verdaderamente dramáticas, pues no podemos olvidar que lo que está en juego en este caso es el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24 CE²⁵.

Con este telón de fondo, los poderes públicos han tenido que buscar fórmulas para frenar el colapso de la Administración de Justicia, poniéndose en marcha una serie de medidas restrictivas del acceso a la justicia²⁶, pero también otras tantas para fomentar el uso de sistemas alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, que no sólo descargan de trabajo a la Administración de Justicia, sino también contribuyen a la profundización democrática, al permitir que los particulares resuelvan los conflictos que les afectan sin recurrir al poder de un tercero.

Y es que, tal como señala REDORTA, el derecho a la tutela judicial efectiva no debe identificarse exclusivamente con el acceso a los tribunales, sino también con el derecho a acceder a “los medios apropiados de resolución de conflictos en función de las circunstancias del caso”²⁷. El sistema judicial ha de ser utilizado

²⁵ En este sentido se pronuncia el Defensor del Pueblo en su informe anual de 2012, en el que se constata el aumento de los retrasos judiciales y dilaciones indebidas, especialmente llamativo en las jurisdicciones social y mercantil, que han experimentado “un preocupante incremento del volumen de trabajo” como consecuencia de la crisis económica.

Respecto a los retrasos que se producen en la jurisdicción social, la Institución destaca el caso de un ciudadano cuyo despido se materializó el mes de noviembre de 2010, y en un relato de su precaria situación económica exponía su preocupación por las dilaciones judiciales en la resolución del recurso de casación que tenía planteado en la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo. Como consecuencia de la intervención del Defensor del Pueblo, el 5 de junio de 2012 le fue notificada la sentencia.

Asimismo, la Institución también ha constatado que en numerosos casos se están fijando vistas para el año 2014 y sucesivos, destacando el caso de un procedimiento abreviado pendiente de señalamiento desde octubre de 2010; y el señalamiento de una vista para el 12 de enero de 2017 en el Juzgado Contencioso Administrativo número 5 de Madrid.

²⁶ Entre dichas medidas, destaca la aprobación de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Sobre su finalidad, el Preámbulo de esta norma se pronuncia en los siguientes términos: “con esta asunción por los ciudadanos que recurren a los tribunales de parte del coste que ello implica se pretende racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, al mismo tiempo que la tasa aportará unos mayores recursos que permitirán una reforma del sistema judicial”.

Actualmente, la norma se encuentra recurrida ante el Tribunal Constitucional por entender que la misma vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

²⁷ REDORTA, J., “La justicia del futuro”, en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*. Ed. Gemme, Barcelona 2009, Pág. 6.

únicamente cuando no exista otro método más adecuado o más eficiente para la resolución del conflicto, pues la “inercia” a recurrir a los tribunales nos impide ver que, en muchas ocasiones, las características del conflicto hacen más recomendable recurrir a otras vías para solventar el mismo²⁸.

Las ideas anteriores se han traducido en una clara apuesta de fomento y promoción de las ADR y, en particular, de la mediación, por parte de los poderes públicos.

Así, a nivel Comunitario, en los últimos años, se han sucedido diversas recomendaciones del Consejo de Europa, que fructificaron primero en el Libro Verde de la Comisión sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y Mercantil (2002); y, posteriormente, en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante Directiva 2008/52/CE).

A nivel interno, el Plan Estratégico de Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012, presentado por el Ministerio de Justicia dentro del Eje Estratégico “Un servicio público orientado a las personas” prevé la adopción de “una serie de medidas organizativas y legislativas que permitirán el progresivo establecimiento de procedimientos y sistemas para una solución de los conflictos jurídicos alternativa a la vía judicial” y, en concreto, la potenciación de “mecanismos como la mediación, la conciliación o el arbitraje en distintas jurisdicciones”, para que el recurso a los tribunales se configure así como la última ratio²⁹.

En definitiva, una serie de iniciativas que sitúan a la mediación institucional en un primer plano del contexto político y jurídico actual. Muestra de ello es el gran número de normas sectoriales, tanto estatales como autonómicas, que prevén acudir a la mediación institucional cuando surjan conflictos relacionados con la materia objeto de regulación³⁰.

²⁸ Así lo pone de manifiesto el estudio realizado por PASTOR PRIETO, S. (“Eficiencia y Medios Alternativos”, en *Medios Alternativos de Solución de Controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008. Págs. 60 y ss.), que pone de relieve que más de la mitad de los casos civiles que se tramitan en España son de mero trámite, como las separaciones o divorcios de mutuo acuerdo, que podrían ser desempeñados por otras personas u organismos distintos de los Juzgados; o que una cuarta parte de los asuntos civiles tiene una cuantía inferior a mil euros.

²⁹ Diario “La Ley”, 15 de octubre de 2010. Citado en CARRETERO MORALES, E. (2011).

³⁰ A modo de ejemplo, y entre las últimas normas que se han dictado, podemos hacer referencia a las siguientes: Ley Foral 12/2013, de 12 de marzo, de emprendedores y de trabajo autónomo de Navarra (art.

2. Marco normativo de la mediación institucional en España

Este impulso de la mediación por parte de los poderes públicos al que nos venimos refiriendo, se ha traducido, como decimos, en un aumento de las normas sectoriales que prevén el recurso a la mediación, pero también en la aprobación de diversas normas que tienen por objeto dotar a la mediación institucional de un marco normativo de carácter general.

Partiendo de que la mediación puede versar sobre materias de lo más variado, siendo así una institución de carácter transversal, el reparto competencial previsto en la Constitución ha hecho que tanto el legislador estatal como el autonómico hayan entrado a regularla.

A. La regulación estatal

A excepción de alguna norma esporádica en el ámbito laboral³¹, hasta la reciente Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³², y su desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre se carecía en España de una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, deficiencia que era suplida, como veremos, gracias a la legislación autonómica en este ámbito.

La Ley 5/2012 transpone al Derecho español la ya citada Directiva 2008/52/CE³³, la cual, a su vez, tiene por objeto facilitar el acceso a las moda-

6); Ley 14/2012, de 26 de diciembre, por la que se aprueban medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias Comunidades Autónomas; Ley 5/2013, de 12 de abril, de defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de la Rioja.

³¹ Históricamente, la primera norma estatal referida a la mediación fue el Real Decreto Ley 5/1979, de 26 de enero, sobre creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo con diversas funciones en el ámbito laboral, entre la que destacaban las de mediación, arbitraje y conciliación en el ámbito laboral. Actualmente, la prestación de este servicio depende de las Administraciones autonómicas, en las que existe un Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC).

³² Los aspectos esenciales de esta norma y las novedades que la misma ha representado son objeto de estudio en: AAVV (Dir. C. FERNÁNDEZ CANALES; Coord. M. BLANCO CARRASCO), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid: Reus, 2012; BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; VIOLA DEMESTRE, I., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio)”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Agosto-Diciembre 2012, págs. 159-187.

³³ El plazo de incorporación de la Directiva finalizó el 21 de mayo de 2011 retraso que justificó que la Ley 5/2012 se aprobara inicialmente por Decreto Ley.

lidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo la mediación, estableciendo unas normas mínimas para promover la mediación en los litigios en asuntos civiles y mercantiles. La Directiva únicamente resulta de aplicación a los conflictos transfronterizos, aunque deja abierta la posibilidad de que los Estados Miembros decidan también aplicarla a los procedimientos de mediación de carácter nacional. En el caso de España, se ha optado por esta última alternativa, pues la regulación contenida en la Ley 5/2012 resulta de aplicación tanto a los conflictos transfronterizos como nacionales (art. 2).

Por otro lado, con la aprobación de la Ley 5/2012 también se da cumplimiento al mandato contenido en la Disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación³⁴.

Debemos tener en cuenta que la Ley 5/2012 se ha dictado en base a las competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil (art. 149.1 CE), articulando así un marco general para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias. Así, a falta de sometimiento expreso o tácito a la Ley 5/2012, la misma será aplicable cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español (art. 2.1 *in fine*).

En cuanto al ámbito de aplicación material (art. 2.2), la Ley se aplica en las mediaciones civiles o mercantiles, quedando excluida expresamente la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo, que se regirán por las respectivas normas sectoriales.

Así, y de conformidad con lo anterior, la finalidad de la Ley 5/2012 es sentar las bases de la mediación institucional con carácter general y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto, haciendo especial hincapié en la figura de mediador como la pieza esencial del modelo (arts. 11 a 14), las fases del procedimiento de mediación (arts. 16 a 23) y el acuerdo de mediación como título ejecutivo (arts. 25 a 27).

³⁴ Así, la Disposición final tercera de la Ley 15/2005 establecía:

“El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

Además, y para cumplir con las finalidades previstas en esta ley, su artículo 5 prevé la existencia de una serie de entidades que tienen la consideración de “instituciones de mediación”, considerando como tales “las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y la administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación (...)”. Entre estas instituciones de mediación, la ley hace referencia de manera expresa a los Colegios Oficiales y las Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación, modificando sus respectivas normas reguladoras³⁵.

Por su parte, el Reglamento de desarrollo de la Ley 5/2012 (Decreto 980/2013), pone especial atención en algunos de los aspectos clave en la regulación de la mediación institucional, esto es: la formación del mediador (arts. 3 a 7); el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación (arts. 8 a 25); el aseguramiento de la actividad de mediación (arts. 26 a 29) y el procedimiento de mediación por medios electrónicos (arts. 30 a 38).

B. La regulación autonómica

Como hemos adelantado, la regulación estatal sobre mediación en España se ha hecho esperar, provocando un vacío en este ámbito que, durante años, fue suplido por las distintas legislaciones autonómicas.

En virtud de los títulos competenciales reconocidos en sus respectivos Estatutos de Autonomía³⁶, los legisladores autonómicos fueron los que tomaron las riendas en el ámbito de la mediación, regulando este método de resolución alternativa de conflictos en el ámbito de sus respectivas competencias, especialmente en materia de familia.

³⁵ La Disposición Final primera modifica en este sentido la Ley 2/1974, de 13 de febrero de Colegios Profesionales, añadiendo una letra ñ a su artículo 5, previendo así entre las finalidades de los Colegios Profesionales: “Impulsar y desarrollar la mediación (...)”.

En el mismo sentido se modifica también el artículo 2 de la Ley 33/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

³⁶ A modo de ejemplo, el art. 71.26 del Estatuto d Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril) prevé la competencia autonómica exclusiva en materia de consumo, “que, en todo caso, comprende (...) la regulación de los órganos y procedimientos de mediación”; como también lo prevé el art. 30.47 del Estatuto de Autonomía de les Illes Balears (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero).

En el caso de Andalucía, su Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), prevé la competencia exclusiva en la mediación en materia de consumo (art. 58.2-4) y en el ámbito laboral (art. 63.1-6); reconociendo también, en el Capítulo dedicado a la Administración de Justicia, una competencia general para establecer los instrumentos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en materia de su competencia (art. 150.2).

En particular, el legislador catalán fue pionero a la hora de dar cobertura normativa a la mediación en el ámbito familiar, a través de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar, hoy derogada por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado, a la que luego nos referiremos.

La Ley 1/2001 inspiró muchas otras leyes autonómicas en materia de mediación familiar³⁷. Así, tras la misma, se dictaron las siguientes normas: Ley de Galicia 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar; Ley de la Comunidad Valenciana 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar; Ley de Castilla la Mancha 4/2005, de 24 de mayo, del servicio social especializado de mediación familiar; Ley de Castilla y León 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar; Ley de la Comunidad de Madrid 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar; Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar; Ley del País Vasco 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar; Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar; Ley de las Illes Balears 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar³⁸; Ley de Aragón 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar; Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de Cantabria.

Todas ellas, con la excepción de la Ley cántabra 1/2011, son normas de mediación pero circunscritas al concreto ámbito de la familia, aunque a través de las mismas ha sido posible entrar a regular aspectos generales de la mediación, supliendo así la carencia de la legislación estatal en este ámbito.

Actualmente, en el contexto de impulso de la mediación institucional al que nos hemos referido, auguramos la promulgación de una segunda generación de leyes autonómicas de mediación, que se extenderán a otros ámbitos distintos del familiar, ampliando su ámbito material de aplicación. Ello ya ha sucedido en Cantabria (Ley cántabra 1/2011, ya citada) y, primeramente, en Cataluña, donde se ha dictado la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado que procedemos a analizar.

³⁷ Las distintas normas autonómicas en materia de mediación tienen unos elementos estructurales muy similares, pues todas ellas se inspiran en la Recomendación (1998) del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Sobre la legislación autonómica en materia de mediación: AAVV, DUPLÀ MARÍN, M^T. (Coord.), *El régimen jurídico de la mediación familiar en España. Análisis de la normativa autonómica*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2012. Ver también Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Generalitat de Catalunya i Obra Social "La Caixa", págs. 154 y ss. En línea: <http://www.llibreblancmediacio.com/>

³⁸ Norma que derogó la Ley de las Illes Balears 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar.

C. La Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado y su desarrollo reglamentario a través del Decreto 135/2012, de 23 de octubre.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio) es, en comparación con los demás Estatutos autonómicos, el que dedica más preceptos a la mediación. En primer lugar, en el capítulo dedicado a las competencias de la Generalitat sobre Administración de Justicia (Título III; Capítulo III), se prevé una competencia general para “establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia” (art. 106.2). Además, y en segundo lugar, el Estatut contempla la mediación como un instrumento para hacer efectivos los principios rectores que inspiran la actuación de los poderes públicos (Título I, Capítulo V), en concreto, como una técnica para promover la cohesión y bienestar sociales (art. 42.7), para resolver los conflictos de intereses entre los diferentes agentes sociales del ámbito socioeconómico (art. 45.6) y para proteger a los consumidores (art. 49.2). Finalmente, la mediación se encuentra prevista en distintos preceptos dedicados a las materias de las competencias (Título IV, Capítulo II), en particular, en materia de consumo (art. 123 c), cooperativas (art. 124.2 h)³⁹, deporte (art. 134.1 b), transportes (art. 169.1 e), laboral (art. 170 k) y turismo (art. 171).

La relevancia de la mediación en el ordenamiento jurídico catalán no es sólo predicable del Estatuto de Autonomía pues, como hemos avanzado, esta Comunidad Autónoma fue la primera en dotar a la mediación familiar de una regulación legal a través de la ya citada Ley 1/2001. Pese al avance que, en su momento, representó la Ley 1/2001, durante los últimos años de su aplicación, se produjeron diversas circunstancias que hicieron patente la necesidad de reformarla⁴⁰, reforma que se produjo con la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (en adelante Ley 15/2009) y su desarrollo reglamentario, contenido en el Decreto 135/2012, de 23 de octubre (en adelante Decreto 135/2012).

³⁹ Este recepto encuentra su desarrollo reglamentario en el Decreto 171/2009, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje ante el Consejo Superior de la Cooperación.

⁴⁰ Así, la propia Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña establece en su Preámbulo que, esencialmente, son tres los factores que incidieron en la necesidad de reformar la Ley 1/2001. Dichos factores son los siguientes: en primer lugar, la experiencia obtenida con la implantación efectiva del sistema; en segundo lugar, el debate en instancias europeas en materia de mediación, provocado esencialmente por la publicación en 2002 del Libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil y la aprobación de la Directiva 2008/52/CE; finalmente, y en tercer lugar, la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil in-

Así, la Ley 15/2009 ha permitido superar algunos de los inconvenientes que planteaba la Ley 1/2001, gracias, principalmente, a que se trata de una ley de mediación con un ámbito de aplicación objetivo no circunscrito únicamente al ámbito familiar, a diferencia de lo que sucedía con su predecesora⁴¹.

La Ley 15/2009 ofrece así, en el ámbito de Cataluña, un marco normativo general para la mediación institucional en el ámbito del Derecho privado, refiriéndose a la mediación como un servicio público, que en Cataluña es gestionado por el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, junto con “otras entidades públicas” que colaboran con el primero, identificadas con los Colegios Profesionales y las Entidades Locales. Como veremos, también pueden colaborar con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña las asociaciones profesionales que cumplan determinados requisitos.

Las novedades que presenta el nuevo marco normativo de la mediación institucional en Cataluña, plasmado en la Ley 15/2009 y en el Decreto 135/2012, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- (i) La mediación institucional objeto de regulación no se reduce a la mediación familiar, sino que ésta abarca una serie de conflictos que se encuadran en la categoría más amplia de mediación de derecho privado (art. 2 Ley 15/2009), que incluye la mediación familiar y la mediación civil, resultando así de aplicación a conflictos como los que surgen en el ámbito de las comunidades de propietarios, de la vida asociativa y fundacional y otros litigios nacidos en la comunidad que son impropiamente judicializados y que se caracterizan por la necesidad de las partes de mantener una relación viable en el futuro.
- (ii) El Centro de Mediación Familiar de Cataluña es adaptado a los nuevos ámbitos de mediación regulados en la ley, pasando a ser el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, impulsor principal del procedimiento de mediación y órgano de apoyo de referencia tanto de los mediadores como de las personas que desean someterse a mediación para resolver sus controversias.

introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que establece específicamente la mediación familiar en el ámbito de los procedimientos de familia.

⁴¹ Tal como señala el Preámbulo de la Ley 15/2009: “los reducidos ámbitos previstos inicialmente para aplicar la Ley han sido un obstáculo para acoger determinados conflictos del círculo más próximo a las personas para las que la mediación se revela muy útil, como los conflictos entre padres e hijos o las disputas familiares por las sucesiones. La utilización de la metodología de la mediación en torno a las familias afectadas por los procesos de discapacidad psíquica o de enfermedades degenerativas que limitan la capacidad de obrar es otro de los campos que justifican la modificación legal”.

- (iii) Se prevé la existencia de una serie de entidades, denominadas entidades en el ámbito de la mediación o entidades mediadoras, que colaborarán en el desarrollo de las funciones que tiene encomendadas el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. Entre estas entidades, se encuentran los Colegios Profesionales (art. 2 Decreto 135/2012), las asociaciones profesionales acreditadas (art. 3 Decreto 135/2012) así como las Administraciones locales y “otras entidades públicas” (art. 4.1 Decreto 135/2012), aunque a estas últimas no les resultará de aplicación el procedimiento de mediación previsto en el Reglamento (art. 4.2 Decreto 135/2012).
- (iv) Se refuerza la profesionalización de las personas mediadoras, poniendo especial énfasis en su formación así como en su deber de inscribirse en uno de los registros que prevé el reglamento⁴².

En relación a la formación de las personas mediadoras (arts. 17 a 24 Decreto 135/2012), se trata de una regulación dirigida a garantizar su profesionalidad, estableciendo los requisitos de la formación, tanto inicial como continuada, que éstas deben llevar a cabo; y atribuyendo a determinados entes, entre los que destacan los Colegios Profesionales, importantes funciones asociadas a la formación y posterior salvaguarda de las obligaciones con la que tienen que cumplir los mediadores.

En definitiva, se trata de una regulación que pretende reforzar y dotar de mayor rigor a la mediación institucional, implicando a diversos operadores jurídicos, incluidos los Colegios Profesionales; y ofreciendo a los ciudadanos que pretenden recurrir a este sistema alternativo de resolución de conflictos una mayor seguridad jurídica.

⁴² El Capítulo II del Decreto 135/2012 regula los registros generales de personas mediadoras, distinguiendo, por un lado, entre los Registros generales de personas mediadoras del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña (arts. 5 a 12), en los que hay un registro de personas mediadoras en el ámbito familiar y otro en el ámbito del Derecho privado; y, por otro lado, el Registro de servicios de mediación ciudadana (arts. 13 a 16), para aquellos servicios de mediación creados por Administraciones locales y otras entidades públicas.

IV. EL PAPEL DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES EN EL SEÑO DE LA MEDIACIÓN INSTITUCIONAL: SU CONFIGURACIÓN COMO INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN

Ya hemos visto como las distintas normas en materia de mediación coinciden en otorgar a los Colegios Profesionales la condición de entidad mediadora o institución de mediación. Este reconocimiento conlleva que se atribuyan a los Colegios Profesionales importantes funciones públicas en el ámbito de la mediación institucional.

Entre estas funciones públicas, se encuentra la organización, por el propio Colegio Profesional, de un servicio público de mediación, en los términos y condiciones que prevea la legislación aplicable. Asimismo, el estatus de institución de mediación conlleva que los Colegios Profesionales lleven a cabo diversas funciones públicas vinculadas a la mediación, y que abarcan desde la formación y control de las personas mediadoras, aspectos diversos del procedimiento de mediación, así como otras funciones, dirigidas, con carácter general, al desarrollo e impulso de esta institución.

1. Una cuestión previa: Colegios Profesionales que tienen la consideración de entidades de mediación

La participación de los Colegios Profesionales en la mediación institucional obedece a la consideración de éstos como entidades mediadoras o instituciones de mediación; lo cual, necesariamente, lleva a plantearnos si todos los Colegios Profesionales tienen la condición de entidades mediadoras.

Al respecto, el ya citado artículo 5 de la Ley 5/2012 establece que se consideraran instituciones de mediación “las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y la administración de la misma, incluida la designación de mediadores, precepto que no ha recibido más concreción en el R.D. 980/2013.

Atendiendo a la redacción de este precepto, parece que la adquisición de la condición de institución de mediación por parte de los Colegios Profesionales quedaría subordinada a que el Colegio previera en sus estatutos, u otra norma colegial, que entre sus fines se encuentra “el impulso de la mediación”. No obstante, esta finalidad mediadora se ha establecido *ex lege*, pues la Disposición Final Primera de la propia Ley 5/2012 ha modificado el artículo 5 de la Ley estatal de Colegios Profesionales, añadiendo a las funciones de los mismos: “Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje,

nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente”⁴³.

A sensu contrario, la normativa catalana en materia de mediación restringe la consideración de Colegio Profesional en el ámbito de la mediación, al establecer que lo serán, en todo caso, los Colegios de abogados, psicólogos, trabajo social, educadores y educadoras sociales y pedagogos; y, en relación a los demás Colegios, sólo aquellos que firmen convenios de colaboración con el departamento competente en materia de Derecho civil (art. 2.1 Decreto 135/2012).

A nuestro parecer, esta previsión resulta contraria a derecho por dos motivos. En primer lugar, la Ley catalana 15/2009 dedica diversos preceptos a las funciones de los Colegios Profesionales en el marco de la mediación institucional, sin limitar la consideración de Colegio Profesional en el ámbito de la mediación a los Colegios referidos ni establecer la necesidad de firmar ningún convenio para los demás, por lo que no puede establecerse una medida restrictiva de este tipo vía reglamento. En segundo lugar, el art. 15 ñ) LCP fue introducido por la Ley 5/2012, de carácter básico según su Disposición Final sexta, por lo que la previsión que establece que todos los Colegios Profesionales tienen entre sus fines el impulso de la mediación (y, por ende, la condición de entidad mediadora según la Ley 5/2012), debe prevalecer.

Dicho lo anterior, debemos tener en cuenta que las obligaciones que impone la legislación estatal para las instituciones mediadoras son relativamente laxas, estableciendo únicamente que deben facilitar el acceso y la administración de la misma, incluida la designación de mediadores. Por el contrario, en el caso de la normativa catalana, tal como veremos, se establecen unas obligaciones mucho más amplias, entre las que se incluye la formación de los mediadores, deberes registrales, potestades sancionadoras sobre los mediadores, etc. pudiendo darse el supuesto de Colegios Profesionales que no cuentan con los recursos o medios para desarrollar estas funciones.

Una posible solución ante esta contradicción entre normativa estatal y autonómica, sería reconocer el carácter de entidad mediadora de todos los Colegios Profesionales en los términos que establece la legislación estatal (de carácter básico); mientras que el desempeño de las demás competencias y potestades previstas en la legislación autonómica se predicaría únicamente de los Colegios Profe-

⁴³ El reconocimiento de esta función se mantiene, con este mismo redactado, en el Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales de 2 de agosto de 2013, en su artículo 34.2 f).

sionales previstos expresamente en el art. 2.2 Decreto 135/2012 y de todos aquellos otros que así lo asumieran de forma voluntaria, mediante convenio⁴⁴.

En este entramado normativo, pueden tener un papel destacado los estatutos y reglamentos colegiales. Así, partiendo de que todos los Colegios Profesionales son, en los términos de la legislación estatal, entidades mediadoras, cada Colegio, a través de sus estatutos o de un reglamento de mediación, puede diseñar, de manera más o menos amplia (de acuerdo con la legislación autonómica), su configuración como entidad mediadora, previendo las funciones que quiere desarrollar como tal, los términos concretos de la organización del servicio público de mediación, etc.

2. La organización de un servicio público de mediación por parte de los Colegios Profesionales

A. Tipos de mediación que pueden llevar a cabo los Colegios Profesionales. Mediación privada vs. Mediación pública

Como ya ha puesto de relieve la doctrina⁴⁵, los Colegios Profesionales tienen un régimen verdaderamente singular, pues son Corporaciones de Derecho público (art. 1 LCP), con fines eminentemente públicos, como la ordenación de la profesión o la protección de los intereses de los destinatarios de los servicios profesionales; pero también persiguen, a su vez, intereses de carácter claramente privado, entre los que destaca la defensa de los intereses de sus colegiados, lo que les asemeja a las asociaciones profesionales.

Esta confluencia de intereses públicos y privados ha llevado a afirmar la naturaleza dual o bifronte de los Colegios Profesionales, dualidad que también se refleja en las actuaciones mediadoras que llevan a cabo los Colegios Profesionales, permitiendo distinguir entre el ejercicio de la mediación privada, por un lado; y, por otro, la prestación de un servicio público de mediación.

a) La mediación privada. Los Colegios Profesionales pueden desarrollar tareas de mediación en el ámbito de los intereses privados o corporativos que estos persiguen. Así, pueden darse dos tipos de mediación de carácter privado: la mediación corporativa y la mediación profesional.

⁴⁴ Esta interpretación se adecuaría así, al inciso final del art. 2.1 Decreto 135/2012 que establece como “fin” de los convenios de colaboración “desarrollar las funciones que les asigna la Ley y el Reglamento”.

⁴⁵ Sobre el tema, puede consultarse la literatura jurídica citada en referencia al debate sobre la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales. Ver nota al pie núm. 6.

La mediación corporativa es aquella en la que, al menos una de las partes implicadas en el conflicto sometido a mediación, es miembro del Colegio Profesional. Así, dicha mediación corporativa puede versar sobre controversias surgidas entre dos o más colegiados o, incluso, entre uno o más colegiados y el propio Colegio Profesional; así como intentar poner fin a una controversia surgida entre uno o más colegiados y el tercero o terceros destinatarios de sus servicios profesionales⁴⁶.

Por otra parte, la mediación profesional tiene lugar cuando el Colegio Profesional hace uso de su infraestructura para prestar un servicio de mediación profesional de carácter privado, en el que las dos partes en conflicto son ajenas al Colegio pero el mediador es un profesional colegiado. En este caso, estamos ante un servicio privado de mediación⁴⁷, pues lo que hace el Colegio es poner a disposición de los colegiados una serie de instalaciones y recursos que les facilitan ejercer la mediación cuando la misma se encuentre dentro de las tareas que éstos desarrollan en el ámbito de su actividad profesional. Para el desarrollo de esta mediación profesional, los Colegios Profesionales pueden crear centros de mediación privados, siendo un ejemplo de ello el CEMICAB, el Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona⁴⁸, cuya finalidad es promover e intervenir en el ámbito de la mediación, facilitando a los interesados, ya sean ciudadanos, abogados o instituciones, una relación de profesionales que acrediten una experiencia y/o formación previa como mediadores, prestando un servicio técnico de apoyo al mediador, custodiando certificaciones de mediación, etc.

Atendiendo a lo anterior, los dos tipos de mediación de carácter privado que desarrollan los Colegios Profesionales (corporativa y profesional) tienen en común que se desarrollan de acuerdo a un procedimiento estructurado, bajo la di-

⁴⁶ En este supuesto, el art. 27.4 de la Directiva de Servicios prevé que, cuando en el seno de una asociación u organismo profesional esté previsto el recurso a un mecanismo de resolución extrajudicial, los Estados Miembros tomarán las medidas necesarias para que se informe de ello al destinatario, lo mencionen en todo documento en que se presente de forma detallada uno de sus servicios e indiquen la forma de acceder a información detallada sobre las características y condiciones de uso de este mecanismo.

⁴⁷ En la legislación catalana de mediación esta figura está contemplada de forma expresa en la Disposición Adicional Segunda del Decreto 135/2012, que los define en su apartado 1 en los siguientes términos:

“Los servicios privados de mediación son los que llevan a cabo actuaciones de mediación no sujetas a las tarifas del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, y al margen de las actuaciones que en esta materia prestan el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña y las entidades que colaboran con el Centro”.

⁴⁸ <http://www.cemicab.es/>

rección de una persona que tiene algún tipo de preparación para llevar a cabo esta tarea y que, en principio, se regirán según las reglas de la autonomía de la voluntad o, en su caso, por los reglamentos o protocolos colegiales que se elaboren, que podrán tener carácter interno (así sucede en el caso del CEMICAB). No obstante, hay algunos matices en este régimen eminentemente privado, entre los que destaca el hecho de que las personas que ejercen de mediadores son colegiados ejerciendo su actividad profesional y, por ello, quedan sometidos al régimen disciplinario del Colegio.

En cualquier caso, el Colegio no está prestando un servicio público, sino que, en última instancia, está defendiendo los intereses de sus colegiados, ya sea poniendo fin a las controversias surgidas entre ellos o con sus clientes, o bien facilitándoles un cauce para ejercer mejor su profesión cuando dicho ejercicio conlleve actuar como mediador.

b) La mediación pública. La condición de entidad mediadora que han adquirido los Colegios Profesionales permite que éstos administren la mediación a través de su propio servicio público de mediación.

En este caso, debe aplicarse de manera preceptiva el marco normativo de la mediación institucional contenido en las leyes y reglamentos de mediación, tanto estatales como autonómicos. La sumisión a dicho marco abarca, entre otras, las previsiones relativas a la formación que deben tener los mediadores; los trámites y duración que debe tener el procedimiento; el régimen disciplinario de los mediadores; o la retribución de la mediación.

La prestación de un servicio público conlleva la necesidad que el Colegio Profesional prestador del servicio de mediación deba situarse en su vertiente de ente público, actuando conforme a las reglas del Derecho Administrativo y respetando escrupulosamente las normas reguladoras del servicio público de mediación que, en última instancia, tienen como finalidad proteger a los usuarios del mismo.

B. Materias sobre las que pueden mediar los Colegios Profesionales

Tanto la legislación estatal como autonómica, en los términos que hemos visto en el apartado anterior, prevén que los Colegios Profesionales puedan organizar un servicio público de mediación, sin limitar el ámbito material de las mediaciones que se lleven a cabo en el mismo.

Atendiendo a lo anterior, en principio, el ámbito objetivo de los Servicios Públicos de mediación de los Colegios Profesionales abarca todas aquellas materias que la legislación reguladora de la mediación incluye en su ámbito de aplicación.

Al respecto, el art. 2.1 Ley 5/2012 establece que la misma resulta de aplicación “a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”, ampliando así el ámbito material de la mediación institucional regulado en las normas autonómicas, en su inmensa mayoría circunscritas exclusivamente al ámbito familiar, con las únicas excepciones ya referidas de la Ley cántabra 1/2011 y la Ley Catalana 15/2009.

Además, el art. 2.2 Ley 5/2012 también delimita de manera negativa el ámbito de aplicación de la ley, excluyendo expresamente: la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo.

Al respecto, ya hemos visto que, en España, es en el marco del Derecho civil (primero en el ámbito familiar y después extendiéndose a otras materias) donde la mediación institucional se encuentra más desarrollada, siendo la única rama del Derecho que dispone de una normativa que regula la mediación con carácter general. Así, en relación a los ámbitos que quedan excluidos de la aplicación de la Ley 5/2012, aunque en los mismos se venga utilizando la mediación (junto con los demás medios alternativos de resolución de conflictos) desde hace años o incluso décadas⁴⁹, no hay una norma específica que regule la mediación

⁴⁹ Ya hemos apuntado que la primera normativa en España que reguló los sistemas alternativos de resolución de conflictos lo hacía en el ámbito laboral (Real Decreto Ley 5/1979, ya citado). Asimismo, este ámbito es el único en el que se exige obligatoriamente, para acudir a un proceso laboral, un intento de conciliación previa (art. 63 Ley de Procedimiento Laboral).

En los procesos civiles, antes de la reforma llevada a cabo en 1984, este intento de conciliación previa era presupuesto indispensable para poder plantear la demanda, pero ahora es facultativo.

Por su parte, en el ámbito administrativo, ya hace años que se reclama por parte de la doctrina un mayor uso de los medios de resolución alternativa de conflictos, que tanto descongestionarían la actividad de las Administraciones Públicas. Entre otras, pueden consultarse las obras de: BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2001; CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008; GAMERO CASADO, E., RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M.C. (Coords.), *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*, Centro Andaluz de relaciones laborales, Sevilla 2006; GAMERO CASADO, E., “Estructura de la mediación en administraciones públicas: organización administrativa y procedimiento de mediación”, en GAMERO CASADO, E., RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M.C. (Coords.) (2006); GRANADO HIJELMO, I., “El arbitraje en derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica Navarra*, núm. 39, 2005; LOPERENA ROTA, D., La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa, IVAP, Vitoria-Gasteiz, 2000; LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y derecho público, Justicia Administrativa”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, 1999; MARESCA CABOT, J.C., “El arbitraje en la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común”, *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*, Boletín núm. 7. 1994; MASUCCI,

en dichos ámbitos, y, en cualquier caso, las referencias a la mediación contenidas en distintas normas sectoriales no prevén la intervención de los Colegios Profesionales como entidades mediadoras⁵⁰, ni tampoco hay una práctica en este sentido.

Ordenadas así las cosas, y de acuerdo con el marco normativo actual vigente, los servicios públicos de mediación que pueden organizar los Colegios Profesionales quedan circunscritos al ámbito civil y mercantil.

No obstante lo anterior, hay otra cuestión relativa a las materias sobre las que pueden mediar los Colegios Profesionales que debemos abordar. La normativa relativa a la mediación permite, tal como acabamos de ver, que los Colegios Profesionales medien sobre todas las cuestiones que quedan dentro del ámbito de aplicación material de la Ley 5/2012, sin establecer que la mediación que desarrollen los Colegios Profesionales tenga que estar relacionada, de algún modo, con la actividad de los profesionales que estos agrupan.

Teniendo en cuenta lo anterior, y al menos desde un punto de vista teórico, un Colegio de Ingenieros Industriales podría desarrollar tareas mediadoras en relación a un divorcio o a una herencia; pudiendo también hacer lo propio un Colegio de Médicos en un conflicto derivado de los perjuicios patrimoniales producidos como consecuencia de la mala ejecución de un contrato de obras. Estas situaciones, aunque dentro de la legalidad, carecen de toda lógica, y resultan contrarias a la profesionalización y especialización de los mediadores que propugna la legislación de mediación estatal y autonómica.

A., “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo: esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”, *RAP*, núm. 178, 2009; PALOMAR OLMEDA, A. en GAMERO CASADO, E., RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M.C. (Coords.) (2006); PÉREZ MORENO, A., “Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 37, 2000; PÉREZ MORENO, A., “Justicia administrativa y fórmulas alternativas” en *La justicia administrativa: libro homenaje al profesor Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* (MONTORO CHINER, M.J., Coord.), Atelier, 2003; ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, MacGraw-Hill, Madrid, 1998; SÁNCHEZ MORÓN, M., TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. y SÁNCHEZ BLANCO, A., *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1995; TORNOS MAS, J., “Los medios alternativos de resolución de conflictos” en *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno* (Dir. LÓPEZ MENUDO, F.), Ed. Iustel, Madrid, 2011; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “El arbitraje de Derecho administrativo”, *RAP*, núm. 143, 1997; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Materias susceptibles de mediación en conflictos individuales del personal de las Administraciones Públicas”, en GAMERO CASADO, E., RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M.C. (Coords.) (2006).

⁵⁰ Esta situación podría cambiar en el ámbito del Consumo en Cataluña, pues el Proyecto de Decreto sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo prevé en su art. 3 que los Colegios Profesionales tienen la consideración de organismos habilitados.

Así, en nuestra opinión, cada Colegio Profesional, dentro del ámbito material amplio que contempla la ley, tiene que delimitar aquéllas concretas materias o tipos de conflictos que abarca su servicio público de mediación, siendo el instrumento idóneo para ello los Estatutos Colegiales o, en su caso, el eventual reglamento colegial que regule la prestación del servicio de mediación.

La especialización de los Colegios Profesionales en relación al tipo de conflicto, redundará en una mejor prestación del servicio público de mediación, lo cual tendría consecuencias positivas tanto para las partes como para los propios mediadores.

Por último, destacar que, cuando estemos ante un conflicto que verse sobre materias de distinta naturaleza, una posible solución para mantener el principio de especialización del mediador, es que intervengan distintos mediadores, posibilidad avalada por la Ley 5/2012, en su artículo 18. En estos casos, si los diversos mediadores que intervienen pertenecen a distintos Colegios Profesionales, éstos deberán prever mecanismos que garanticen los principios de colaboración y coordinación.

3. Las personas mediadoras. Formación y mecanismos de control

Al estudiar el marco normativo de la mediación, hemos podido comprobar que, entre los objetivos fijados por la nueva legislación, se encuentra el de profesionalizar la figura del mediador, previendo que el mismo tenga una especial formación y esté sometido a determinados mecanismos de control, lo que, en última instancia, redundará en una mayor calidad de la mediación institucional.

Tanto en lo referente a la formación del mediador como a los mecanismos de control sobre las personas mediadoras, tienen un papel destacado los Colegios Profesionales.

A. La formación de las personas mediadoras

La normativa estatal y autonómica coinciden (aunque en distintos términos) en exigir al mediador un “doble rasero de formación”, exigiendo así, en primer lugar, una formación de carácter general de nivel superior; y, en segundo lugar, una formación específica para ejercer la mediación.

a) En cuanto a la formación de carácter general, el art. 11 de la Ley 5/2012 prevé que el mediador esté en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional superior, sin exigir que dicho título esté circunscrito a una determinada área de conocimiento o disciplina.

Atendiendo a lo anterior, entendemos que quedan sin efecto las previsiones de las distintas leyes autonómicas que, en el marco de la formación general del mediador, sólo admiten la titulación universitaria, y no la formación profesional superior⁵¹; así como aquéllas que limitan dicha formación a determinados estudios⁵².

b) En cuanto a la formación específica para ejercer la mediación, el art. 11 Ley 5/2012, establece que la misma se adquirirá “mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional”.

El R.D.980/2013, concreta estas previsiones, exigiendo que la formación inicial tenga una duración mínima de 100 horas (art. 5) y la formación continua, al menos, 20 horas cada 5 años. En cuanto al los centros de mediación (art. 7), pueden ser públicos o privados, siendo necesario que cuenten con una habilitación legal o autorización por la administración competente.

En la normativa de Cataluña, se dispone que los Colegios Profesionales (junto con los centros docentes universitarios y otras Corporaciones de Derecho Público) están acreditados para impartir la formación inicial homologada necesaria para adquirir la condición de mediador⁵³, que deberá cumplir con los requisitos que prevé el art. 18 del Decreto 135/2012, concretados en la Orden JUS/428/2012, de 18 de diciembre.

En relación a la formación continuada, en Cataluña, los Colegios Profesionales también tienen reconocidas competencias de forma expresa en este ámbito

⁵¹ La admisión de los títulos profesionales de formación superior, y no sólo de los títulos universitarios, también resulta más conforme con el concepto de formación que esboza el Derecho Comunitario, previsto en la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (art. 11). Este concepto amplio de cualificación también es el que recoge el art. 3 (Definiciones) del Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales de 2 de agosto de 2013.

⁵² Así, por ejemplo, la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León establece en su artículo 8 que para ejercer la mediación debe tenerse la titulación en Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología; Trabajo Social, Educación Social, y en cualquier otra Licenciatura o Diplomatura de carácter social, educativo, psicológico, jurídico o sanitario. En análogos términos se pronuncia el art. 8 de la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha; y el art. 18 de la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar de Asturias.

⁵³ Este requisito relativo a la formación homologada inicial de las personas mediadoras sólo puede excepcionarse en relación a aquellas personas que puedan adquirir la condición de mediador en atención a su experiencia y conocimientos. En cualquier caso, los requisitos y condiciones para inscribir en el Registro General de personas mediadoras a las personas que se encuentren en estas circunstancias tiene que realizarse por orden del Departamento competente en materia de Derecho civil, cosa que aún no se ha hecho.

[art. 22 c) Ley 15/2009], estableciéndose los requisitos de la misma en los arts. 21 y 22 Decreto 135/2012⁵⁴.

B. Mecanismos de control sobre las personas mediadoras

Los Colegios Profesionales también tienen reconocidas diversas funciones públicas en relación a los mecanismos de control a los que está sometido el mediador, y cuya finalidad es garantizar su profesionalidad y el cumplimiento de sus deberes. Entre dichos mecanismos de control, podemos distinguir:

a. Vinculación a una institución de mediación

Muchas de las normas autonómicas existentes en materia de mediación exigen que el mediador esté vinculado a alguna institución de mediación, vinculación que puede venir dada porque el mediador preste sus servicios en una Administración Pública, sea miembro de un Colegio Profesional o pertenezca a una Asociación Profesional (en Cataluña, art. 3 Ley 15/2009 y 17.2 Decreto 135/2012; en Aragón, art. 8.3 Ley 9/2011, de 24 de marzo; en Castilla-La Mancha, art. 6 Ley 4/2005, de 24 de mayo).

A nivel estatal, el art. 11 Ley 5/2012, al establecer las condiciones que deben reunir las personas que quieren ejercer como mediadores, no dice nada al respecto. En cualquier caso, debemos tener en cuenta que la colegiación de la persona mediadora sólo será obligatoria cuando así se derive de las normas reguladoras de su respectiva profesión, esto es, cuando sea un profesional sujeto a colegiación obligatoria⁵⁵.

⁵⁴ El art. 21 Decreto 135/2012 establece que las personas mediadoras deben realizar cursos para actualizar sus conocimientos que, como mínimo, deben suponer 40 horas bienales

Por su parte, el art. 22 Decreto 135/2012 establece que las personas mediadoras que incumplan con este deber, quedaran inactivas a los efectos de la posible derivación de mediaciones por parte del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, pudiendo recuperar la condición de activas si acreditan una formación en mediación equivalente a 40 horas por cada 2 años sin formación acreditada. A partir de 3 años sin acreditación de la formación exigida, se podrá recuperar la condición de persona mediadora activa mediante la acreditación de formación especializada de un mínimo de 60 horas.

⁵⁵ En este ámbito, la futura Ley estatal de Servicios Profesionales introducirá importantes modificaciones, pues restringe significativamente aquellas profesiones sujetas a colegiación obligatoria. Al respecto, puede verse la Disposición Adicional Primera (Obligaciones de Colegiación) del Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales de 2 de agosto de 2013.

b. Deberes registrales de los mediadores

El R.D. 980/2013, ha creado el registro mediadores y de instituciones de mediación, que dependerá del Ministerio de Justicia y que se coordinará con los registros de mediación autonómicos. La principal característica de este Registro es que, con la excepción de los mediadores concursales (art. 18), la inscripción tiene carácter voluntario (art. 11), lo que dificulta el adecuado cumplimiento de las finalidades del registro, esto es, la publicidad y la transparencia en materia de mediación.

Debemos destacar que, en este ámbito, la mayor parte de las Comunidades Autónomas ya han creado sus respectivos registros de mediadores, cuya finalidad es verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos a los mediadores y facilitar la organización de la mediación institucional.

Las tareas asociadas a la llevanza de dichos registros se han distribuido entre las distintas entidades mediadoras, siendo especialmente destacadas las funciones encomendadas a los Colegios Profesionales, que en la mayoría de los casos efectúan las inscripciones de sus colegiados en el registro de mediadores, y se encargan también de la actualización de sus datos, en aquello que afecta a suspensiones, bajas, modificaciones y otros asientos⁵⁶.

c. Responsabilidad civil de los mediadores

El art. 14 Ley 5/2012 establece que los mediadores “deben cumplir fielmente con su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren”. Para hacer frente a su eventual responsabilidad, el mediador debe suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos que intervenga (art. 11.3 Ley 5/2012), obligación que, en la regulación autonómica en materia de mediación familiar, únicamente se encontraba prevista en la Ley cántabra 1/2011.

A la hora de reclamar la responsabilidad, el perjudicado tiene acción directa contra el mediador; pero, además, también tiene una acción directa en relación con la institución de mediación (así, ante el Colegio Profesional), por los daños derivados de la designación del mediador o del incumplimiento de sus obligaciones como institución mediadora (art. 14 Ley 5/2012).

Sobre esta cuestión ha hecho especial hincapié el R.D. 980/2013, que confirma la responsabilidad solidaria de la institución de enseñanza por los daños constantes por la actuación del mediador (art. 26).

⁵⁶ Así se prevé en Cataluña, arts. 5.6, 9.4 y 23.2 Decreto 135/2021; en Madrid, art. 6 Ley 1/2007; en Andalucía, art. 18.3 Ley 1/2009, de 27 de febrero; en Valencia, art. 12 Ley 7/2001, de 26 de noviembre.

d. Régimen sancionador de los mediadores

La legislación estatal sólo ha regulado la responsabilidad civil, pero algunas normas autonómicas han regulado también un régimen sancionador para los mediadores⁵⁷.

En este régimen sancionador, los Colegios Profesionales tienen reconocidas diversas competencias. Así, en relación a los mediadores colegiados, se prevé la competencia de los Colegios Profesionales para instruir los correspondientes procedimientos disciplinarios y, en su caso, imponer sanciones en las leyes de mediación de Madrid (arts. 20, 28 y 29 Ley 1/2007), la Comunidad Valenciana (arts. 25 y 29 Ley 7/2001), Castilla-La Mancha (art. 29 Ley 4/2005) y el País Vasco (art. 3.1 Ley 1/2008). Asimismo, en muchas otras leyes autonómicas se prevé que las eventuales sanciones que se impongan desde otras autoridades, sean comunicadas a los respectivos Colegios Profesionales (art. 31 Ley asturiana 3/2007; art. 20 Ley Canaria 15/2003).

Aunque la Ley 5/2012 no contenga, como hemos dicho, una previsión análoga a la de las legislaciones autonómicas, entendemos que la potestad disciplinaria que, con carácter general, tienen los Colegios Profesionales sobre sus colegiados [art. 5 i) LCP] así como su función de salvaguarda de la legalidad [art. 5 t) LCP] les habilita para ejercer la potestad disciplinaria cuando éstos cometan infracciones administrativas en su actuación como mediadores, sin que sea necesario que se prevea de forma expresa en la normativa de mediación. No obstante, en aras a la seguridad jurídica, ello sería, cuanto menos, recomendable.

e. Códigos de conducta de los mediadores

Todos estos mecanismos de control sobre los mediadores que acabamos de analizar se ven completados por una serie de mecanismos de *soft law* o autorregulación, esto es, códigos de conducta voluntarios a los que pueden adherirse tanto los mediadores como las instituciones de mediación (art. 12 Ley 5/2012).

Además de estos códigos, específicos de la mediación, cuando los mediadores pertenezcan a un Colegio Profesional, también deberán respetar, obviamente, los

⁵⁷ A modo de ejemplo, los arts. 31 a 33 de la Ley 15/2009, contienen un completo catálogo de infracciones y sanciones, previendo también los órganos sancionadores para cada caso. De forma supletoria al régimen previsto en la Ley 15/2009, se aplicarán las previsiones sobre la potestad sancionadora contenidas en el Decreto 278/1993, de 9 de noviembre, sobre el procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalidad, en aquello que no se oponga a la Ley 15/2009.

códigos de conducta colegiales así como el conjunto de normas deontológicas de la profesión (entre otros, art. 34 Ley catalana 15/2009; art. 10 Ley aragonesa 9/2011; art. 33 Ley cántabra 1/2011).

4. El procedimiento de mediación y el acuerdo de mediación

A pesar de que la mediación se rige, con carácter general, por el principio antiformalista, en el ámbito de la mediación institucional, dicho principio debe ser matizado, pues aunque no se establece una regulación detallada del procedimiento de mediación estricto sensu, la ley sí prevé la realización de algunos trámites⁵⁸. A lo largo de este procedimiento, como veremos a continuación, la intervención de los Colegios Profesionales tiene un papel destacado.

A. La solicitud de mediación y la designación de mediador

Cuando las partes de un conflicto quieren someterse a mediación institucional, éstas formalizan su voluntad a través de una solicitud, que se formulará ante las instituciones de mediación (entre las que se encuentran los Colegios Profesionales) o directamente ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o designado de común acuerdo (art. 16.2 Ley 5/2012).

En el caso de que las partes no designen al mediador, dicha designación corresponderá realizarla a la institución de mediación, sin que la legislación estatal concrete cómo se deberá realizar la misma, aunque entendemos que se hará atendiendo a la materia sobre la que verse el conflicto y de acuerdo con un sistema de turno, tal como han hecho diversas Comunidades Autónomas. Así, en el caso de Cataluña, a falta de designación de mediador por las partes, se prevé que el mismo será designado por el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, por un sistema de turno en función del ámbito de la mediación, la especialización y el partido judicial de las personas solicitantes (art. 28.4 Decreto 135/2012), siguiendo el procedimiento previsto en el art. 30 Decreto 135/2012.

Una vez formulada la solicitud, la institución de mediación o el mediador designado por las partes emplazarán a las mismas para la celebración de una sesión informativa, en la que se dará a conocer a las partes diversas circunstancias asociadas a la persona mediadora (experiencia, formación, posibles causas que puedan afectar su imparcialidad) y las características de la mediación (coste, organización del procedimiento, consecuencias jurídicas del acuerdo que eventual-

⁵⁸ Sobre las etapas de la mediación, CAVALLI, M.C y QUINTEROS AVELLANEDA, L.G. (2010): Págs. 107 y ss.

mente se alcance).

B. El desarrollo de la mediación

Tras la sesión informativa, tiene lugar la sesión constitutiva (art. 19 Ley 5/2012), que da inicio propiamente al procedimiento de mediación⁵⁹, y en la que las partes expresan su deseo de desarrollar la mediación y dejan constancia de diversos aspectos relacionadas con la misma, tales como la identificación de las partes sometidas a mediación, la designación de mediador y, en su caso, institución de mediación; el objeto del conflicto; el programa de actuaciones y duración máxima del procedimiento; el coste de la mediación o las bases para su determinación; el lugar de celebración y la lengua del procedimiento de mediación. De dicha sesión se levantará un acta en la que constarán todos los aspectos relatados y que será firmada por las partes y por el mediador, pudiéndose hacer constar también que la mediación se ha iniciado sin efecto.

El Decreto catalán 135/2012 también prevé el levantamiento del acta correspondiente a la reunión constitutiva o inicial, estableciendo además que la misma se tiene que hacer llegar al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña así como, en su caso, al Colegio Profesional al que pertenezca el mediador en un plazo de cinco días (art. 35).

En el caso de que la mediación sea administrada por el servicio público de mediación del Colegio, habrá dos cuestiones relativas al procedimiento que deberán tenerse en cuenta: la forma de desarrollo de la mediación y la duración de la misma.

⁵⁹ En cuanto al inicio de la mediación, el art. 16.3 establece que las partes podrán solicitar la suspensión de los procesos judiciales en curso de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal, recogiendo así la previsión del art. 770 LEC, introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, que resolvió parcialmente uno de los problemas que tradicionalmente había planteado la mediación (y los demás métodos alternativos de resolución de conflictos) y es su posible uso en fraude de ley para lograr la prescripción de los plazos para ejercer acciones judiciales o la preclusión de los trámites en los procesos judiciales ya iniciados. Decimos que el problema se resolvió parcialmente porque queda aún pendiente de resolver qué sucede con aquellos procesos no iniciados, pero respecto a los cuales sí se han realizado diligencias preliminares o se han adoptado medidas cautelares. Resulta paradigmático el ámbito de las patentes, pues el art. 131.2 de la Ley de Patentes establece que “si en el plazo de dos meses a partir de la fecha de la práctica de las diligencias de comprobación no se hubiera presentado la correspondiente demanda ejercitando la acción judicial, quedarán aquellas sin efecto y no podrán ser utilizadas en ninguna acción judicial”.

Al respecto, PÉREZ DAUDI, V., “Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) (2011): págs. 385 y ss.; MARTÍN DIZ, F., *La Mediación: sistema complementario de la Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010. Págs. 120 y ss.

En lo relativo a la forma de desarrollo, aunque la mediación se ha caracterizado tradicionalmente por su presencialidad, este ámbito no escapa de la influencia que el uso de las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación) está teniendo en la actuación de las Administraciones Públicas y la prestación de los servicios públicos. En este sentido, el art. 24 Ley 5/2012, prevé que las partes puedan acordar que “todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen convenientes, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley”. Asimismo, dispone el apartado segundo de este precepto, “La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes”.

Las previsiones anteriores han sido desarrolladas por el R.D. 980/2013, que en sus arts. 30 a 38 regula el determinado “procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos”, cuya duración no excederá de un mes. La regulación reglamentaria de este procedimiento tiene como principal objetivo asegurar que se respetan todas las garantías necesarias.

En cuanto a la duración del procedimiento de mediación, la ley estatal sólo establece que el mismo será lo más breve posible, concentrándose también en el mínimo de sesiones posible (art. 20 Ley 5/2012), de acuerdo con la rapidez predecible de la mediación.

La regulación catalana resulta más detallada en este extremo, estableciendo que la mediación puede tener una duración máxima de 60 días, prorrogables motivadamente hasta treinta días más atendiendo a la complejidad del conflicto o partes implicadas en el mismo (art. 17 Ley 15/2009). Reglamentariamente, se ha establecido que el número máximo de sesiones es de seis en aquellos procedimientos de mediación en que intervengan hasta cuatro partes, siendo también prorrogables de manera motivada (art. 34.1 Decreto 135/2012).

C. La terminación de la mediación

Teniendo en cuenta el principio de voluntariedad que rige la mediación, las partes tienen derecho a desistir del procedimiento de mediación en cualquier momento, sin tener que agotar las sesiones previstas en el acta inicial. En este caso, lo comunicarán al mediador, que a su vez lo comunicará a las demás partes, produciéndose así la terminación anticipada del procedimiento. El mediador, a su

vez, también puede renunciar a continuar en el procedimiento, pero ello no producirá la terminación del procedimiento, salvo que no se nombre un nuevo mediador (art. 22.2 Ley 5/2012).

Ya sea agotando las sesiones previstas o por terminación anticipada, el procedimiento de mediación puede concluir en un acuerdo entre las partes, o finalizar sin dicho acuerdo, pero en ambos casos se levantará un acta final del procedimiento que determinará la conclusión del mismo, reflejando los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible o su finalización por cualquier otra causa. El acta deberá ir firmada por el mediador, que se encargará de redactarla, y por las partes, entregándose un ejemplar a cada una de ellas. En el ámbito de Cataluña, se prevé que del acta final (art. 36 Decreto 135/2012) o de la finalización anticipada de la mediación (art. 37 Decreto 135/2012) se dé traslado al Centro de Mediación Privada de Cataluña, pero no al Colegio Profesional al que, eventualmente, pertenezca el mediador, tal como sucedía con el acta inicial. En nuestra opinión, tener conocimiento de que la mediación ha concluido y con qué resultado resulta tan trascendente, o incluso más, que tener constancia de su inicio, por lo que el trato diferencial entre el acta inicial y el acta final no encuentra justificación alguna.

Una vez finalizada la mediación por cualquiera de las vías que hemos visto, se devolverán los documentos a cada una de las partes; y, con los que no hubieran de devolverse, se formará una expediente que deberá custodiar el mediador o, en su caso, el Colegio Profesional (u otra institución de mediación que haya intervenido), por un plazo de cuatro meses.

D. La retribución del mediador

Una vez concluido el procedimiento, se debe llevar a cabo la retribución del mediador. La Ley 5/2012, no detalla cómo se llevará a cabo dicha retribución, cuestión que, previsiblemente, será objeto de regulación en su desarrollo reglamentario.

Por su parte, diversas Comunidades Autónomas ya han establecido algunas reglas al respecto. Muchas de ellas reconocen a los Colegios Profesionales una competencia para establecer normas orientadoras o, incluso en algunos casos, establecer directamente la retribución que corresponde a los mediadores (art. 8 Ley valenciana 7/2001; art. 15 Ley andaluza 1/2009; art. 9.2 Ley de Castilla-La Mancha 4/2005; art. 7 Ley canaria 15/2003).

En Cataluña, el art. 27 Ley 15/2009 establece que, con carácter general, la retribución se llevará a cabo por las partes en la mediación, reconociendo la po-

sibilidad de que alguna de ellas (o ambas) pueda disfrutar del beneficio de gratuidad de la mediación, debiéndose cumplir para ello con los requisitos materiales previstos en las normas reguladoras de la asistencia jurídica gratuita. En este último caso, corresponderá al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña retribuir a las personas mediadoras la totalidad o la parte proporcional de la tarifa, lo cual hará a través de las entidades que colaboran con el Centro (art. 40 Decreto 135/2012), principalmente, los Colegios Profesionales.

E. El acuerdo de mediación

En el caso de que la mediación finalice con acuerdo entre las partes, el mismo podrá versar sobre la totalidad de las materias que se sometían a mediación o ser un acuerdo de carácter parcial.

El acuerdo de mediación debe distinguirse del acta final del procedimiento. Esta última, tal como hemos visto, recoge las diversas circunstancias de la conclusión de la mediación y los acuerdos adoptados, pero a grandes rasgos. Los aspectos de detalle de los pactos alcanzados se hacen constar en el acuerdo de mediación (art. 23 Ley 5/2012), un documento diferenciado en el que consta la identidad y domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de la ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la que se ha desarrollado el procedimiento. Este acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes, y del mismo se entregará un ejemplar a cada una de ellas.

Finalmente, en relación al acuerdo de mediación, la Ley 5/2012 ha abordado dos cuestiones tradicionalmente conflictivas, esto es, su posible impugnación y su cumplimiento.

En relación a la impugnación, teniendo en cuenta que la mediación es un sistema de resolución de conflictos autocompositivo y regido, por tanto, por el principio de voluntariedad, el eventual acuerdo que se alcance no deja de ser un acuerdo de voluntades y, por ello, el art. 23.4 Ley 5/2012 prevé que la única manera de impugnar su contenido sea a través de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 1261 Código civil). En cuanto al plazo para interponer la acción de nulidad contra el acuerdo de mediación, resultarán de aplicación las reglas contenidas en el art. 1301 Código civil.

En cuanto al cumplimiento del acuerdo de mediación, el mismo tiene *per se* carácter vinculante para las partes; pero, además, y en aras a perseguir una mayor seguridad jurídica, el art. 25 Ley 5/2012 prevé que el acuerdo de mediación pueda

adquirir la naturaleza de título ejecutivo a través de dos vías. La primera de ellas, se concreta en la elevación del acuerdo de mediación a escritura pública ante un notario, que realizará previamente un control de legalidad respecto a los trámites que se han seguido en el procedimiento de mediación así como en relación al contenido del acuerdo. En este caso, el tribunal competente para la ejecución será el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo (art. 26 Ley 5/2012). La segunda vía es la homologación judicial del acuerdo, en los términos previstos en la LEC, cuando la mediación se haya desarrollado después de iniciarse un procedimiento judicial, siendo este mismo tribunal el competente para ejecutar el acuerdo homologado (art. 26 *in fine* Ley 5/2012).

Adicionalmente, debemos tener en cuenta que la Ley 5/2012 también resulta de aplicación a conflictos transfronterizos, por lo que, en estos supuestos, la formalización del título ejecutivo así como la ejecución del acuerdo se registrará por unas reglas específicas (art. 25.3 y 37 Ley 5/2012).

En cualquier caso, la conversión del acuerdo de mediación en un título ejecutivo queda fuera del procedimiento de mediación en sentido estricto, tal como demuestra el hecho de que, ni en un caso ni en otra, sea necesaria la presencia o intervención del mediador o de la institución de mediación.

5. Funciones relacionadas con el desarrollo e impulso de la mediación institucional

Además de las funciones concretas que desarrollan los Colegios Profesionales en relación a las personas mediadoras, así como en el propio procedimiento de mediación, tanto el legislador estatal como autonómico han querido reconocer a los Colegios Profesionales una función general de impulso y desarrollo de la mediación.

En este sentido, el art. 17.2 Ley 5/2012 prevé que los Colegios Profesionales (comprendidos entre las instituciones de mediación) celebren sesiones informativas de carácter general para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a la mediación (art. 17.2 Ley 5/2012).

La legislación autonómica de mediación, una vez más, resulta más detallada que la Ley 5/2012. En particular, el art. 17 de la Ley cántabra 1/2011 y el art. 22 de la Ley catalana 15/2009 están dedicados a concretar las tareas que desempeñan los Colegios Profesionales como entidades mediadoras. Entre éstas, además de aquéllas a las que ya hemos hecho referencia a lo largo de este estudio, se encuentran la elaboración de propuestas y emisión de informes en relación a procedimientos de mediación; o la elaboración de una memoria anual de las actividades del Colegio Profesional en el ámbito de la mediación [art. 22 i) y j) Ley 15/2009] ⁶⁰.

Finalmente, diversas normas autonómicas de mediación prevén la participación de los Colegios Profesionales en los respectivos órganos autonómicos creados para impulsar y difundir la mediación. Así, en Cataluña, el Comité asesor (art. 24 Ley 15/2009) está formado por representantes de los Colegios Profesionales, de las asociaciones representativas de entes locales y de otras asociaciones y por expertos con experiencia en el campo de la mediación, y tiene encomendadas, entre otras funciones: proponer acciones de divulgación de la mediación, informar sobre los códigos deontológicos y protocolos de buenas prácticas, proponer y favorecer la realización de estudios y evaluaciones globales de la mediación. También tienen órganos análogos, que cuentan con la participación de los Colegios Profesionales, las Comunidades de Madrid (Comisión Autonómica de Mediación Familiar, art. 7 Ley 1/2007); el País Vasco (Consejo Asesor de la Mediación Familiar; art. 11 Ley 1/2008, de 8 de febrero); o Cantabria (Observatorio de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, art. 18 Ley 1/2011, de 28 de marzo).

V. CONSIDERACIONES FINALES

⁶⁰ La redacción completa del art. 22 Ley 15/2009 es la siguiente:

“Los colegios que integran a los profesionales que hacen mediaciones en el ámbito de la presente ley ejercen las siguientes funciones:

a) Gestionar el registro de personas mediadoras que estén colegiadas y comunicar las altas y bajas al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña”.

b) Proponer al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña la persona mediadora cuando las partes se dirijan colegio profesional.

c) Llevar a cabo la formación específica y declarar la capacitación de las personas mediadoras.

d) Cumplir la función deontológica y disciplinaria respecto a los colegiados que ejercen la mediación.

e) Comunicar al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña las medidas adoptadas como consecuencia de los expedientes disciplinarios abiertos a personas mediadoras.

f) Colaborar con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña en el fomento y difusión de la mediación.

g) Introducir, en el ámbito de la formación especializada que lleven a cabo, el estudio de las técnicas de mediación, negociación y resolución alternativa de conflictos.

h) Elaborar propuestas y emitir los informes sobre los procedimientos de mediación que le pida el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.

i) Elaborar una memoria anual de las actividades del colegio profesional en el ámbito de la mediación, que debe enviarse al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.

j) Llevar a cabo formación de capacitación en materia de violencia en el ámbito familiar, para detectar e identificar situaciones de riesgo, prestando una especial atención a las que afecten a personas en situación de dependencia.”

Como destacábamos al inicio de este trabajo, los Colegios Profesionales han asistido en los últimos tiempos a una reformulación de sus fundamentos, una alteración de sus funciones y una transformación de su régimen jurídico, cambios que han llevado, incluso, a cuestionar su razón de ser, poniendo en peligro el lugar preeminente que tradicionalmente han ocupado estas corporaciones en el marco de la actividad pública.

En este contexto, una nueva corriente legislativa ha hecho que estas corporaciones adquieran un papel protagonista en la mediación institucional en el ámbito civil y mercantil, una de las instituciones que, como hemos podido comprobar, está acaparando la atención del legislador estatal y autonómico, y que se presenta como una de las grandes soluciones a los problemas de los que adolece la Administración de Justicia en el momento actual.

La configuración de los Colegios Profesionales como entidades mediadoras en el marco de la mediación institucional, conlleva que estos se erijan como prestadores del servicio público de mediación; pero, además, y lo que es aún más importante, que se les reconozcan importantes funciones públicas vinculadas al desarrollo e implantación de la mediación institucional, tales como la formación de las personas mediadoras, el ejercicio de potestades de control y disciplinarias sobre las mismas, o su participación en las iniciativas y organismos públicos relacionadas con esta institución.

La legislación estatal de mediación (pendiente de desarrollo reglamentario), al reconocer la condición de institución de mediación de los Colegios Profesionales, lo hace partiendo de mínimos, estableciendo únicamente que todos los Colegios Profesionales tienen entre sus funciones el impulso y desarrollo de la mediación, dejando en manos de cada uno de ellos que éstos asuman más o menos competencias dentro del abanico de posibilidades que les brindan las distintas legislaciones autonómicas.

Con este telón de fondo, estando aún recientes las huellas de la transposición de la Directiva Servicios y a la espera de las consecuencias que tendrá la futura Ley de Servicios Profesionales, sólo el tiempo dirá si la condición de institución de mediación de los Colegios Profesionales acabará por convertirse en uno de los elementos principales en la actividad de estas Corporaciones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV (Coord. MARTÍN-RETORTILLO, L.), *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- AA.VV. *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios* (2009), 25ª edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios, Madrid.
- AA.VV., “El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo” (Dir. E. MOREU CARBONELL), *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2010.
- AA.VV., *Retos de la Directiva de Servicios*, *Revista Catalana de Dret Públic* n°42, in totum (Dir. B. NOGUERA y S. SARTORIO), 2010.
- AAVV, *La mediación en tiempos de incertidumbre* (Dir. MORENTE MEJÍAS, F.), Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- AAVV. *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales* (Dir. AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B.), Atelier, 2012;
- AAVV. *La termita Bolkestein* (Dir. ALBA NOGUEIRA), Dykinson, 2012.
- AAVV, DUPLÀ MARÍN, M^ªT. (Coord.), *El régimen jurídico de la mediación familiar en España. Análisis de la normativa autonómica*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2012.
- AAVV (Dir. C. FERNÁNDEZ CANALES; Coord. M. BLANCO CARRASCO), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*; Madrid: Reus, 2012.
- BAENA DE ALCÁZAR, M. *Los Colegios Profesionales en el Derecho Administrativo Español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1968.
- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BUSH, R.B., FOLGER, J., *The promise of mediation*, San Francisco: Jossey Bass (New and revised edition), 2005.
- BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- BUTTS GRIGGS, *Respuestas al cuestionario del CEJ sobre mediación*, Madrid, 2008.
- CALVO SÁNCHEZ, L. *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- CARLÓN RUIZ, M., “El impacto de la Transposición de la Directiva de Servicios en el régimen jurídico de los Colegios Profesionales”, *RAP* núm. 183, 2010.
- CAVALLI, M.C y QUINTEROS AVELLANEDA, L.G. *Introducción a la gestión no adversarial de conflictos*. Instituto Complutense de Mediación y Resolución de Conflictos, Madrid, 2010.

- DE LA CUADRA SALCEDO JANINI, T. “¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?”, *Revista Española de Derecho Europeo* n°22, Madrid, 2007.
- DE LA CUADRA SALCEDO, T. *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- DEL SAZ CORDERO, S. “La modificación de la Ley estatal 2/1974, de colegios profesionales, como consecuencia de la transposición de la Directiva de servicios”, *Revista catalana de dret públic*, Núm. 42, junio 2011.
- FABIANI, M., “Profili critici del rapporto fra mediaciones e proceso”, en *Judicium* (en línea: <http://www.judicium.it/admin/saggi/98/Fabiani.mediazzone.pdf>). Faget, “La doublé vie de la médiation”, *Droit et Societé*, 29, 1995.
- FUERTES LÓPEZ, M., “Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios”, *RCDP* n°42, pp. 57-83, 2011.
- GALEOTE MUÑOZ, M. “La necesidad de un método profesional de mediación: la importancia de la intervención del abogado en este proceso”, *IW Working Paper Derecho*, 15 de abril de 2005.
- GAMERO CASADO, E., RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M.C. (Coords.), *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*, Centro Andaluz de relaciones laborales, Sevilla 2006.
- GARCÍA LÓPEZ, P.A., “Transposición de la Directiva de Servicios en el caso de España”, *Partida Doble* núm. 195, 2008.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y PENÍN ALEGRE, M.L, “Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología” en *Mediación: un método de ? de conflictos. Estudio interdisciplinar* (Coords. SANZ HERMIDA, Á. M^a y ORTIZ PRADILLO, J.C.), Ed. Colex, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., “La transposición de la Directiva de Servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32, 2009.
- GRANADO HIJELMO, I., “El arbitraje en derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica Navarra*, núm. 39, 2005.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., “La Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009.
- LOPERENA ROTA, D., *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa*, IVAP, Vitoria-Gasteiz, 2000.
- LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y derecho público, Justicia Administrativa”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, 1999.
- MARESCA CABOT, J.C., “El arbitraje en la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común”, *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*, Boletín núm. 7. 1994.

- MARTÍN DIZ, F., *La Mediación: sistema complementario de la Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “Naturaleza de las Corporaciones Públicas Profesionales”, *Revista Española de la Administración Pública*, Civitas, núm. 39, 1983.
- MASUCCI, A., “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo: esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”, *RAP*, núm. 178, 2009.
- MUÑOZ MACHADO, S. y FERNÁNDEZ, T.R. (2008). “La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor”, *Asociación para el Progreso de la Dirección*, núm. 231, 2008.
- PÉREZ MORENO, A., “Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 37, 2000.
- PÉREZ MORENO, A., “Justicia administrativa y fórmulas alternativas” en *La justicia administrativa: libro homenaje al profesor Dr. D. Rafael Entrena Cuesta* (MONTORO CHINER, M.J., Coord.), Atelier, 2003.
- PARAJÓ ALFONSO, L., “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus de su impacto en nuestro sistema”. *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, junio 2009.
- PETTIT, F., AUVERGNON, P., GIL Y GIL, J.L., CRUZ VILLALÓN, J., TRUDEAU G., VEILLEUX, D., *Le règlement amiable des différends sociaux, Étude juridique: France, Espagne, Québec*, L’Harmattan, Paris, 2007.
- POBLET, M., *Courts and mediation. New paths for justice*, European Presss Academic Publishing, Firenze, 2011.
- REDORTA, J., “La justicia del futuro”, en *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*. Ed. Gemme, Barcelona 2009.
- ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, MacGraw-Hill, Madrid, 1998.
- RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- RIVERO ORTEGA, R., “Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: Problemas de su transposición en España”, *Revista de Estudios Locales*, número monográfico, 2009.
- SALOM PARETS, A., *Los Colegios Profesionales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. y SÁNCHEZ BLANCO, A., *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1995.
- SCARSELLI, G., “La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno”, en *Judicium* (en línea: <http://www.judicium.it/adminsaggi/46/scarsell.pdf>).
- SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Ed.

- Tecnos, Madrid, 2011.
- TORNOS MAS, J., “Los medios alternativos de resolución de conflictos” en *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno* (Dir. LÓPEZ MENUDO, F.), Ed. Iustel, Madrid, 2011.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “El arbitraje de Derecho administrativo”, *RAP*, núm. 143, 1997.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Presente y futuro de los colegios profesionales, en AGUADO CUDOLÀ V. y NOGUERA DE LA MUELA B. (Dir.), *El impactode la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona 2012.
- VICENTE RUIZ, M^ªD., “La reforma de la Ley de Colegios Profesionales impulsada por la Directiva de Servicios”, *Boletín Económico de Información Comercial Española* núm. 2990, 2010.
- VIOLA DEMESTRE, I., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio)”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Agosto-Diciembre 2012.
- VILLAREJO GALLENDE, H., SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. “El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios”, en *Informe de Comunidades Autónomas 2008*, vol. I, Ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2009.

Las cargas arqueológicas sobre inmuebles privados: carencia de un régimen sistemático para la imposición de obligaciones y su compensación

Julián Alonso García

Funcionario del Cuerpo Superior de Administración
de la Xunta de Galicia

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO JURÍDICO: LA LEY DE PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL Y LA LEGISLACIÓN AUTÓNOMICA SOBRE PATRIMONIO CULTURAL. III. BIENES ARQUEOLÓGICOS: OBJETO Y NATURALEZA JURÍDICA. 1. Bienes que integran el patrimonio arqueológico. 2. Dominio público arqueológico. IV. INMUEBLES EN LOS QUE SE IMPONEN LAS CARGAS. 1. En inmuebles con declaración formal de valor cultural. A. Bienes de interés cultural. B. Bienes catalogados o inventariados. C. Yacimientos o áreas arqueológicas incluidos en el planeamiento urbanístico. D. Zonas o espacios arqueológicos declarados de forma preventiva. 2. En inmuebles sin declaración formal de valor cultural. V. SUPUESTOS DETERMINANTES DE LAS CARGAS. 1. Obras en terrenos con declaración formal de valor cultural. 2. Constatación o presunción de restos arqueológicos. 3. Hallazgo casual de restos arqueológicos. VI. CARGAS PARA LOS PROPIETARIOS DE LOS INMUEBLES. 1. Obligaciones de hacer. A. Interrupción y suspensión de la obra. B. Comunicación, depósito y entrega de bienes arqueológicos descubiertos. C. Adopción de medidas adecuadas de protección de restos. D. Intervención arqueológica. E. Estudio previo de posible incidencia arqueológica de la obra. F. Control arqueológico. 2. Obligaciones de soportar. A. Obligaciones derivadas de la intervención arqueológica realizada por la Administración. B. Otras obligaciones derivadas de un hallazgo casual. VII. FINANCIACIÓN E INDEMNIZACIÓN. 1. Asunción de costes. 2. conceptos indemnizables. A. Daño emergente. B. Lucro cesante. 3. Mecanismos de compensación. A. Expropiación forzosa. B. Reclamación de responsabilidad patrimonial. C. Ayudas y subvenciones. D. Compensación urbanística. E. Premio en metálico. VIII. REFLEXIONES FINALES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

La función administrativa de protección del patrimonio arqueológico con frecuencia conlleva pesadas cargas y un importante quebranto económico para los propietarios inmobiliarios. Tales cargas se traducen en concretas obligaciones de hacer y de soportar, que varían en función de la naturaleza del inmueble afectado y de los supuestos concurrentes. Así, la realización de obras en terrenos que gozan de una declaración formal de valor cultural, la constatación o presunción de restos arqueológicos o su hallazgo casual determinan en diferente medida la imposición de aquellas obligaciones arqueológicas. Ante la falta de una regulación sistemática sobre la materia en la legislación estatal y autonómica de patrimonio cultural, este trabajo analiza todas esas cargas arqueológicas y examina los diversos conceptos indemnizables y los mecanismos previstos para compensar el perjuicio sufrido.

Palabras clave: patrimonio arqueológico, patrimonio cultural, hallazgo casual, cargas arqueológicas, compensación.

ABSTRACT:

The administrative function of protecting the archaeological heritage often carries heavy loads and a significant financial loss for property owners. Such loads are manifested in specific obligations of doing and bearing, which vary according to the nature of the property concerned and of the concurrent assumptions. Thus, the execution of constructions on lands that have a declared cultural value, the verification or presumption of archaeological remains or its casual finding determine in a different measure, the imposition of those archaeological obligations. In the absence of systematic regulation on this subject in the state and regional legislation about cultural heritage, this article analyzes all these archaeological loads and examines the various compensable concepts and the mechanisms foreseen to compensate for the damage suffered.

Keywords: archaeological heritage, cultural heritage, casual finding, archaeological loads, compensation.

I. INTRODUCCIÓN

La protección, conservación y difusión del patrimonio arqueológico constituye una importante tarea que compete a los poderes públicos en el ejercicio de sus atribuciones; pero también los sujetos privados intervienen decisivamente en esta labor de interés general. Esa actuación privada no es necesariamente voluntaria sino que suele ser el resultado de un mandato legal. Así, las facultades que el ordenamiento urbanístico otorga a los particulares propietarios de inmuebles se muestran modu-

ladas por la legislación ordenadora del patrimonio cultural, que establece no pocos límites a su ejercicio. Las limitaciones que este sector normativo impone para preservar el patrimonio arqueológico son, como se verá, de gran intensidad, y se traducen en concretas obligaciones de hacer o de soportar que en numerosas ocasiones suponen un importante quebranto económico para el particular.

En definitiva, de lo que se trata con la actual regulación legal es de satisfacer un servicio de interés general con el menor coste posible para las arcas públicas, ya que otros servicios considerados esenciales, como la educación, la sanidad, etc., dada la limitación de recursos, exigen un esfuerzo inversor prioritario. En cambio, tal como señala GALLEGO ANABITARTE, la protección del patrimonio histórico no requiere una gran cantidad de recursos públicos, ya que quién paga la protección son los propios particulares propietarios¹. Con ser esto cierto respecto del patrimonio cultural en general –que los propietarios tienen el deber de conservar a su costa–, la protección del patrimonio arqueológico sí precisa de una importante asignación de recursos públicos, dada la obligación de indemnizar que tiene la Administración como consecuencia de la limitación de derechos que sufre la propiedad privada.

A juicio de BERMÚDEZ SÁNCHEZ, el ordenamiento jurídico ha estructurado el sistema de protección de restos arqueológicos articulándolo en torno a dos supuestos: el de los hallazgos casuales y el de la arqueología preventiva. En la medida en que se va desarrollando esta última, mediante la declaración de zonas arqueológicas, o, cuando menos, mediante su identificación a través de los censos o cartas arqueológicas, se reducen los supuestos de hallazgos, y los perjuicios económicos derivados de la aparición de restos. Así, con la certeza o presunción de fertilidad arqueológica se evitarían las suspensiones de obras y las ocupaciones de terrenos determinantes de indemnización, con el consiguiente ahorro público que ello supone².

Los propietarios de inmuebles que contienen restos arqueológicos ven limitadas sus facultades dominicales debido al superior interés que tales vestigios del pasado suscitan. Se trata, tal como consagra el artículo 33.2 de la Constitución española, de una delimitación del contenido del derecho de propiedad que se asienta en la función social de ésta. Estos límites a los derechos de los propietarios de los terrenos no siempre son indemnizables. Así, siguiendo a BERMÚDEZ SÁN-

¹ GALLEGO ANABITARTE, A., “Arqueología y Derecho. Hallazgos, jurisprudencia, legislación, carta arqueológica y planeamiento”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 200, marzo, 2003, pág. 132.

² BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., “Intervenciones arqueológicas en actuaciones urbanísticas: supuestos difíciles”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 247, enero-febrero, 2009, págs. 68-69.

CHEZ, la limitación a su contenido es indemnizable cuando suponga una expropiación singular o cuando no es conforme al principio de proporcionalidad³.

Este estudio pretende, en fin, sistematizar las múltiples cargas que, conforme a la legislación estatal y autonómica, recaen sobre los propietarios de terrenos en los que se constate o presuma la existencia de yacimientos o restos arqueológicos, especialmente sobre los promotores de obras en espacios declarados de interés arqueológico, o en aquellos otros desprovistos de tal declaración, en los que sobrevengan hallazgos casuales. Se trataría, pues, de intentar aportar algunas pautas que permitiesen superar en la legislación vigente la ausencia de un patrón definido, y que clarifiquen el contenido de las obligaciones a cargo de los particulares. Pero antes de profundizar sobre estos aspectos, procederemos a una delimitación material, concretando el objeto de protección, su localización y el momento o circunstancia determinante de la puesta en marcha de los mecanismos que prevé la ley para preservar el patrimonio arqueológico. Finalmente, se completa esta exposición con el examen de los diversos conceptos indemnizables y de los instrumentos previstos para compensar el perjuicio sufrido; aspectos éstos en los que también se evidencia la falta de una sistemática adecuada en la normativa de aplicación.

II. MARCO JURÍDICO: LA LEY DE PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL Y LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE PATRIMONIO CULTURAL

La Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español (LPHE) aporta escasas innovaciones con respecto al régimen que establece la Ley de 7 de julio de 1911 de excavaciones y antigüedades⁴. Fuera de un rejuvenecimiento del

³ Sobre la diferencia entre una delimitación no indemnizable y otra que sí lo es véase BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica*, Editorial Montecorvo, 2003, págs. 23-47 (capítulo titulado “El derecho de propiedad en la Constitución: límites y privaciones”).

⁴ Podemos considerar a la Ley de 7 de julio de 1911 como la precursora de la LPHE en la regulación de las excavaciones y los hallazgos arqueológicos en los bienes inmuebles. Introduce en su artículo 1º la noción de excavación como aquella actividad consistente en la remoción deliberada y metódica de los terrenos en los cuales existan indicios de yacimientos arqueológicos, ya sean éstos restos de construcciones o antigüedades. Su artículo 2º incorpora dentro del concepto de antigüedades a ciertos bienes inmuebles: aquellas ruinas de los edificios antiguos que se descubran, los existentes que tengan importancia arqueológica y los restos de edificios de interés artístico abandonados a los estragos del tiempo. A juicio de BARRERO RODRÍGUEZ esta Ley adolece de términos confusos, y son “poco claros también los criterios de delimitación de la realidad fáctica que en ella encuentra cobertura, si bien puede destacarse como es para la misma el dato de antigüedad su valor central” (BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, 1990, pág. 53.)

vocabulario —evita hablar de antigüedades, ruinas, bellezas, etc.⁵—, la LPHE aporta la novedad de otorgar al patrimonio arqueológico el carácter de dominio público del Estado con independencia del modo en que haya sido descubierto, sea éste casual o fruto de una excavación, y de la inaplicación del artículo 351 del Código Civil —que atribuye la propiedad del tesoro oculto al dueño del terreno en el que se hallare— a los bienes arqueológicos que se descubran⁶. Además, consagra la metodología arqueológica, susceptible de ser empleada, como el criterio para integrar dentro del patrimonio arqueológico a los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, hayan sido o no extraídos. De la Ley de 13 de mayo de 1933, de defensa, conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico-artístico nacional, la LPHE abandona el criterio delimitador de la antigüedad superior a cien años⁷ para atribuir al Estado, como bienes demaniales, todos los hallazgos arqueológicos⁸.

Del régimen jurídico del patrimonio arqueológico se ocupa la LPHE específicamente en su título V, que comprende los artículos 40 a 45. Con anterioridad, concretamente en el artículo 22.1, se impone a los promotores de cualquier obra o remoción de terreno que se proyecte realizar en una zona arqueológica declarada bien de interés general, la obligación de obtener la autorización de la Administración cultural, quién podrá ordenar la realización de prospecciones y/o excavaciones arqueológicas conforme a lo dispuesto en aquel título. El artículo 43, por su parte, atribuye a la Administración cultural la potestad de ordenar actuaciones arqueológicas fuera de las zonas arqueológicas, en cualquier terreno público o privado en el que se presuma la existencia de yacimientos o restos arqueológicos, paleontológicos o de componentes geológicos con ellos relacionados.

⁵ MÁRQUEZ ROSALES, H. y AMORES CARREDANO, F., “La pervisión en las técnicas jurídicas de protección del Patrimonio arqueológico”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 5, 2001, pág. 187.

⁶ Con anterioridad, conforme al artículo 4 de la Ley de 1911, las ruinas y antigüedades descubiertas bajo tierra pasaban a pertenecer al dueño del terreno, sin que su descubridor las adquiriese por ocupación. MOREU BALLONGA mantiene que dicho precepto obligaba al Estado, cuando se decidiese a expropiar aquellas ruinas, a indemnizar al descubridor por lo gastado en las exploraciones y excavaciones (MOREU BALLONGA, J. L., “Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 132, 1993, pág. 172).

⁷ El artículo 1º de la Ley de 13 de mayo de 1933 establece que quedan bajo la sujeción de ésta “cuantos inmuebles y objetos muebles de interés artístico, arqueológico, paleontológico o histórico haya en España de antigüedad no menor de un siglo”, y aquellos otros carentes de esa antigüedad cuyo valor artístico e histórico sea indiscutible.

⁸ ALEGRE ÁVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, t. II, Ministerio de Cultura, 1994, pág. 405.

Del igual modo que en la LPHE, la legislación autonómica considera el aspecto metodológico como determinante para definir el patrimonio arqueológico⁹, al tiempo que amplía considerablemente el conjunto de mecanismos que prevé la norma estatal. Se trata de instrumentos heterogéneos que difieren en función del supuesto al que se aplica y, como es obvio, según la comunidad autónoma donde se encuentren los bienes que se pretende proteger. No obstante, siguiendo a QUEROL FERNÁNDEZ y MARTÍNEZ DÍAZ, podemos sistematizar tales mecanismos de análoga forma en las diversas normas autonómicas, distinguiendo medidas dirigidas a proteger los bienes conocidos y aquellas que tienen como objeto los no conocidos o simplemente sospechados. Las primeras serían de aplicación al patrimonio arqueológico que, por el mero hecho de serlo, forma parte del patrimonio cultural, goce o no de una declaración formal que lo eleve a una categoría superior. Como sabemos, la máxima jerarquía la ostentan los bienes de interés cultural, y más específicamente, en lo que al objeto de nuestro estudio se refiere, las zonas arqueológicas u otros espacios de similar naturaleza. El segundo grupo de medidas previsto en las distintas leyes autonómicas —que mejora el sistema diseñado en la LPHE, de protección de los terrenos en los que se presume la existencia de restos arqueológicos— diferencia, a su vez, los mecanismos orientados a proteger los terrenos en los que, por indicios o por cualquier otra causa, se sabe o se sospecha que contienen restos, y aquellos otros que son de aplicación a los inmuebles en los que, sin sospechar su existencia, salen a la luz dichos restos como consecuencia de obras o movimientos de tierras¹⁰.

En definitiva, los diversos mecanismos autonómicos de ordenación del patrimonio arqueológico parten del sistema diseñado por la LPHE para, si no ampliarlo, cuando menos, dotarle de una más detallada ordenación, en ocasiones carente de una sistemática acertada.

III. BIENES ARQUEOLÓGICOS: OBJETO Y NATURALEZA JURÍDICA

Antes de proceder al análisis de las distintas técnicas de protección del patrimonio arqueológico previstas en la ley, habremos de determinar cuál es el objeto merecedor de protección. Para ello debemos determinar qué clase de bienes in-

⁹ QUEROL FERNÁNDEZ y MARTÍNEZ DÍAZ sospechan que en el ánimo de los legisladores autonómicos está la excavación —por tratarse de la actividad arqueológica por excelencia— cuando se hace referencia a la metodología arqueológica (QUEROL FERNÁNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ DÍAZ, B., *La gestión del Patrimonio Arqueológico en España*, Alianza Editorial, 1996, pág. 161).

¹⁰ *Ibidem*, págs. 171-172.

tegran el patrimonio arqueológico y cuál es su naturaleza jurídica, prestando especial atención a su condición demanial. Respondiendo así a la pregunta de *qué* estamos protegiendo, podremos entender mejor la justificación y el funcionamiento de dichas técnicas de protección.

1. Bienes que integran el patrimonio arqueológico

Como hemos señalado anteriormente, tanto la legislación estatal como la autonómica acogen el criterio metodológico como elemento esencial para definir el patrimonio arqueológico, abandonando el cronológico, a pesar del carácter histórico que deben tener estos bienes¹¹. Así lo dispone el artículo 40.1 de la LPHE, a cuyo tenor “forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental.”

Sostiene BARCELONA LLOP al respecto que, al no establecerse ninguna precisión cronológica, no cabe deducir que deban forzosamente tener los bienes arqueológicos una determinada antigüedad, a pesar de tratarse en algunos casos de bienes muy antiguos; lo único determinante es que su estudio requiera el empleo de la metodología arqueológica¹². Se precisa, por tanto, un rigor científico que, a juicio de QUEROL FERNÁNDEZ y MARTÍNEZ DÍAZ, convierte al patrimonio arqueológico en el único tipo de patrimonio histórico definido por el procedimiento científico utilizado para su estudio¹³.

Por otra parte, al estipular el precepto citado que los bienes pueden ser o no extraídos, se está incluyendo dentro de la noción de patrimonio arqueológico a aquellos de los cuales no se tenga la certeza de su existencia, pero mediante del empleo de técnicas arqueológicas, como son las prospecciones, se pueda llegar a una fundada sospecha de su existencia¹⁴. Pero no sólo como consecuencia del

¹¹ Algunas leyes autonómicas reguladoras del patrimonio cultural contemplan el carácter histórico como una cualidad más que deben tener estos bienes, además del valor artístico, etnográfico, científico, técnico, etc. (así en la legislación balear, vasca y riojana), mientras que en la ley madrileña se hace referencia al carácter cultural e histórico, y en la valenciana a los valores propios del patrimonio cultural.

¹² BARCELONA LLOP, J., “El patrimonio arqueológico en la legislación reguladora del Patrimonio Cultural de Cantabria”, *Altamira: Revista del Centro de Estudios Montañeses*, núm. 68, 2005, pág. 147.

¹³ QUEROL FERNÁNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ DÍAZ, B., *La gestión...*, ob. cit., pág. 121.

¹⁴ En tal sentido, BARCELONA LLOP señala que “En la prospección se ha utilizado metodología arqueológica y se han localizado, es verdad que un poco a bulto, bienes arqueológicos. No han sido extraídos, pero son conocidos” (“El patrimonio...”, ob. cit., pág. 154.)

empleo de técnicas arqueológicas pueden aparecer restos que merezcan, según la norma legal, la consideración de patrimonio arqueológico; también los descubiertos por azar gozarían de tal condición¹⁵. No estamos en este caso ante una actividad arqueológica sistemática, sino ante otro tipo de actuación (demolición, movimiento de tierras, etc.) con otra finalidad, en el que se produce el hallazgo de un bien susceptible de ser estudiado con metodología arqueológica.

2. Dominio público arqueológico

Como apuntamos con anterioridad, el reconocimiento de un dominio público arqueológico constituye una importante novedad de la LPHE. Así lo dispone su artículo 44.1:

“Son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. [...] En ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil.”

La condición demanial de los bienes arqueológicos solamente es predicable de los descubiertos o hallados con posterioridad a la entrada en vigor de la LPHE. Los anteriores, por contra, tendrán el régimen que fuese aplicable conforme a la legislación que se encontrase vigente, pudiendo ser de propiedad particular. La consideración *ope legis* de dominio público de los bienes arqueológicos es de gran importancia para la Administración –como se verá más adelante– a la hora de ejercer sus facultades expropiatorias, ya que de esta forma el justiprecio no incluirá la valoración de dichos bienes¹⁶. En cualquier caso, tal como observa BARCELONA LLOP, el dominio público arqueológico se limita a los objetos, no al subsuelo donde se encuentren¹⁷.

Para despejar cualquier duda acerca de la naturaleza demanial del patrimonio arqueológico, el artículo 44.1 de la LPHE, como hemos visto, se encarga de desechar la aplicación del artículo 351 del Código Civil, que adjudica el tesoro oculto –y por ende, el hallazgo arqueológico– al dueño del terreno en que se encontrare.

¹⁵ La Ley 7/2004, de 18 de octubre, de patrimonio cultural, histórico y artístico de La Rioja incluye además aquellos que salgan a la luz como consecuencia de actuaciones ilícitas.

¹⁶ BERMÚDEZ SANCHEZ, J., “Mecanismos de protección y financiación en la arqueología urbana”, *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996, pág. 121.

¹⁷ BARCELONA LLOP, J., “El dominio público arqueológico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000, pág. 150.

Tradicionalmente la doctrina ha venido distinguiendo entre bienes de dominio público por naturaleza y bienes de dominio público por afectación, y dentro de esta categoría, entre aquellos afectos al uso público o a un servicio público. A primera vista, podemos acoger el criterio de la afectación para calificar jurídicamente los bienes arqueológicos como de dominio público. Pues bien, GALLEGO ANABITARTE descarta la inclusión de los bienes arqueológicos, cuando sean descubiertos, dentro de los destinados a un uso público, para encuadrarlos dentro de los afectados al servicio público museístico, e indirectamente al más general de la cultura¹⁸. No obstante, esta apreciación desconoce el hecho de que no es preciso que los bienes arqueológicos sean descubiertos para adquirir su condición demanial, dado que con anterioridad a su descubrimiento ya pertenecen al dominio público¹⁹. Es preferible, por tanto, acudir a la determinación legal para dotar a aquellos de los atributos propios de los bienes demaniales, como así dispone la Constitución Española en su artículo 132.2. En cualquier caso, no es tanto la afectación cuanto razones de protección, como observa BARCELONA LLOP²⁰, el criterio que configura la demanialidad del patrimonio arqueológico. Lo que nos interesa es que la consideración demanial de dicho patrimonio se invoque para aplicarle las consecuencias tuitivas de tal condición²¹.

Por lo que se refiere a la titularidad de los bienes arqueológicos, en tanto bienes de dominio público, debemos señalar que la LPHE renuncia a atribuírsela al Estado o a algún otro ente territorial. Ante esta omisión en la legislación estatal, debemos tener presente para atribuir la titularidad de estos bienes, la distribución de competencias en la materia. Así, en opinión de BERMÚDEZ SÁNCHEZ, la titularidad de los bienes arqueológicos de dominio público corresponderá a la entidad territorial que gestione su protección: principalmente, la autonómica, y en menor medida, la estatal²². Frente al silencio de la ley, corresponde, por tanto, a las Administraciones autonómicas la titularidad de dichos bienes, por ser éstas las competentes para autorizar, por regla general, las intervenciones que tienen a

¹⁸ GALLEGO ANABITARTE, A., "Arqueología...", ob. cit., pág. 90.

¹⁹ Así lo entiende ALEGRE ÁVILA, para quien "no es el hecho del descubrimiento el que hace surgir la entidad jurídica «dominio público», existente, por el contrario, aún antes del descubrimiento" (*Evolución...*, t. II, ob. cit., pág. 348, nota 1).

²⁰ BARCELONA LLOP, J., "El dominio...", ob. cit., pág. 139.

²¹ El régimen jurídico peculiar de los bienes de dominio público, como sabemos, los aparta del tráfico jurídico ordinario, al configurarlos como inalienables, imprescriptibles e inembargables; además, permite a la Administración recuperarlos de oficio y sancionar las conductas que atenten contra ellos, entre otras potestades exorbitantes que goza respecto de la generalidad.

²² BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *El derecho...*, ob. cit., pág. 58.

aquellos por objeto²³. Algunas leyes autonómicas confirman explícitamente esta atribución de titularidad sobre los respectivos bienes arqueológicos, al establecer que los que se descubran en el territorio de la comunidad autónoma se integren en su patrimonio²⁴.

En definitiva, estamos ante unos bienes que, por su naturaleza demanial, gozan de una protección más rigurosa que la de los demás bienes culturales. La justificación de ese privilegiado *status* no reside en su superior importancia, ya que unos y otros comparten una equivalente función social. La explicación radica, en opinión de BARCELONA LLOP, en la fragilidad de esta clase de bienes, que los hace merecedores de una protección más intensa, para preservarlos de las múltiples agresiones y expolios a los que están expuestos²⁵.

IV. INMUEBLES EN LOS QUE SE IMPONEN LAS CARGAS

Si en el apartado anterior intentamos responder a la pregunta de *qué* estamos protegiendo con la imposición de obligaciones arqueológicas, ahora debemos esclarecer *dónde* nos encontramos ante tales obligaciones; en qué clase de inmuebles se nos van a imponer. Según cual sea el tipo de inmueble, se le impondrán a su propietario unas obligaciones u otras, y, lo que es tanto o más importante, se determinará la medida de la compensación que en su caso pudiera corresponderle. En ese sentido, no son iguales las cargas arqueológicas que pesan sobre inmuebles dotados de un valor cultural oficialmente declarado que las que afectan a aquellos otros desprovistos de esa condición; y dentro de los primeros, debemos distinguir entre inmuebles con un grado de protección privilegiado de los que gozan de un rango inferior. Del mismo modo, en función del ámbito espacial afectado, operarán los diversos niveles de compensación previstos en la ley.

En cualquier caso, no es necesario que el inmueble en cuestión sea un espacio con un reconocido valor arqueológico para ser objeto de obligaciones de esta na-

²³ Coinciden en esta afirmación BERMÚDEZ SÁNCHEZ (*ibidem*, págs. 58-59) y ALEGRE ÁVILA (*Evolución...*, t. II, ob. cit., pág. 351)

²⁴ O en el del consejo insular que corresponda, según la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del patrimonio histórico de las Illes Balears. Añaden, no obstante, la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del patrimonio cultural catalán, la Ley 10/1998, de 9 de julio, de patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, así como la propia ley balear, que si los derechos económicos que correspondan al descubridor de restos arqueológicos y al propietario del lugar del hallazgo son satisfechos por otra Administración pública, los bienes se integran en el patrimonio de esta Administración.

²⁵ BARCELONA LLOP, J., "El dominio...", ob. cit., págs. 138-139, y "El patrimonio...", ob. cit., pág. 151.

tural. Éstas también se imponen a inmuebles que, aunque dotados de valor cultural, no se incluyen entre los portadores *per se* de valores arqueológicos, como luego veremos. Ni siquiera se precisa una declaración formal de valor cultural para que recaigan sobre el propietario del inmueble las obligaciones que analizaremos más adelante; éstas pueden igualmente imponerse sobre cualquier terreno si se constata o presume la existencia de restos arqueológicos en su subsuelo.

1. En inmuebles con declaración formal de valor cultural

La LPHE no distingue varios niveles de protección que puedan atribuirse a los inmuebles dotados de algún valor cultural formalmente declarado. Únicamente otorga la condición de bien de interés cultural (BIC) a determinados inmuebles que por su singular valor cultural son merecedores de especial protección. Por su parte, las comunidades autónomas sí distinguen diferentes grados de protección de los inmuebles que se hallan en su territorio en función del mayor o menor valor cultural que se le reconoce. Como podremos comprobar más adelante, las cargas que pesan sobre los propietarios de los inmuebles protegidos son especialmente gravosas, principalmente cuando se trata de acometer obras y movimientos de tierras en ellos. Al mismo tiempo, la contraprestación indemnizatoria en este tipo de inmuebles es mucho más limitada, a diferencia de lo que sucede en relación con las obligaciones impuestas en otros ámbitos desprovistos de declaración formal de valor cultural.

Con las lógicas diferencias propias de cada comunidad autónoma, sistematizamos a continuación, atendiendo a su grado de protección, los siguientes niveles en la declaración de los inmuebles dotados de valor cultural, prestando especial atención a aquellos que son portadores de valores arqueológicos.

A. Bienes de interés cultural

Como es bien sabido, los bienes de interés cultural (BIC) –y los que alguna ley autonómica denomina de una forma más o menos análoga²⁶– ostentan el máximo grado de protección legal entre todos los bienes culturales²⁷. Los bienes de-

²⁶ La Ley catalana 9/1993 denomina bienes de interés nacional a los bienes más relevantes del patrimonio cultural catalán que sean declarados como tales, y la Ley 7/1990, de 3 de julio, de patrimonio cultural del País Vasco, considera bienes culturales calificados aquellos bienes del patrimonio cultural vasco cuya protección es de interés público por su relevancia o singular valor, y así sea acordado específicamente.

²⁷ Entre los estudios sobre los bienes inmuebles de interés cultural, destacamos las siguientes obras de referencia: BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica...*, ob. cit. (págs. 210-230) y ALEGRE ÁVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, t. I, Ministerio de Cultura, 1994 (págs. 338-363).

clarados de interés cultural son objeto de inscripción en los registros específicos de cada comunidad autónoma –diferenciados del registro general de la Administración del Estado–, para poder gozar de la máxima protección prevista en la ley. Además, cuando, como es el caso, se trata de bienes inmuebles, deben pertenecer a una de las categorías en las que se clasifican los BIC.

La primera categoría que reclama nuestra atención es la constituida por las zonas arqueológicas, que aparecen incluidas entre los BIC en la mayor parte de leyes autonómicas sobre patrimonio cultural. Como quiera que sólo encontramos ligeras diferencias conceptuales entre ellas, podemos considerar la definición contenida en la LPHE, aunque con matices, la más común. Define así su artículo 15.5 esta categoría de los BIC:

“Zona Arqueológica es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas.”

Tal como hemos apuntado, los inmuebles que se encuentran en el ámbito de las zonas arqueológicas están sujetos a importantes cargas a cuenta de su propietario o del promotor de las obras e intervenciones que pretendan realizarse. Además, algunas leyes autonómicas, como luego veremos, no limitan al ámbito de las zonas arqueológicas la imposición de las antedichas obligaciones; también exigen su cumplimiento cuando el hecho causante afecta a otras categorías de BIC donde se conoce o presume la existencia de restos arqueológicos, ya se trate de conjuntos históricos, sitios históricos, monumentos, etc.

B. Bienes catalogados o inventariados

Las leyes autonómicas sobre patrimonio cultural sitúan en uno o varios peñaños por debajo de la protección otorgada a los BIC a otros inmuebles con valor cultural reconocido, que podemos denominar catalogados o inventariados²⁸. Estos bienes son objeto de inclusión en los registros generalmente dependientes de la Administración autonómica cultural, pero al mismo tiempo pueden también ser incorporados a los instrumentos urbanísticos municipales²⁹. La regula-

²⁸ Las diversas leyes autonómicas de patrimonio cultural acogen diversas denominaciones para designar a esta clase de bienes culturales, siendo estas (catalogados o inventariados) las más comunes.

²⁹ Es frecuente la confusión terminológica entre los bienes incluidos en los registros de la Administración autonómica cultural y aquellos otros que por su inclusión en los catálogos o inventarios urbanísticos

ción de estos inmuebles es desigual en las diversas leyes autonómicas³⁰. En algunas normas esta clase de bienes se clasifican dentro de una categoría específica, al modo de los BIC; pero con frecuencia la inscripción en los registros de la Administración cultural responde a unos valores culturales que los identifican al margen de su pertenencia a un género determinado.

En cualquier caso, los yacimientos o espacios arqueológicos, cuando no son merecedores de una declaración que los eleve a la condición de BIC, se incluyen en la mayor parte de las normas autonómicas reguladoras del patrimonio cultural entre los bienes que calificamos como catalogados o inventariados, con el nivel de protección inherente a esta condición. Para GALLEGO ANABITARTE los yacimientos con tal grado de protección son aquellos que gozan de un inferior valor cultural que los calificados como BIC y aquellos otros “terrenos o espacios en los que se presume la existencia de restos arqueológicos” y carecen de la certidumbre existente en el caso de la zona arqueológica³¹.

C. Yacimientos o áreas arqueológicas incluidos en el planeamiento urbanístico

En los instrumentos de planeamiento urbanístico también se prevén áreas o espacios en los que se tiene constancia o se presume la existencia de restos arqueológicos. Como hemos señalado con anterioridad, estos espacios incorporados a los catálogos o inventarios urbanísticos, pueden ser igualmente objeto de inclusión en los registros dependientes de la Administración cultural³². En estos casos gozan de la doble protección que le otorgan las normas reguladoras de dos sectores normativos: el ordenamiento urbanístico y el de patrimonio cultural.

gozan de la protección que les dispensan las normas urbanísticas. No obstante, muchos bienes inmuebles de relevante valor cultural –o no tan relevante– forman parte de unos y otros instrumentos, de la Administración autonómica y de la local.

³⁰ Como antes señalamos, la LPHE no contempla esta clase de bienes.

³¹ GALLEGO ANABITARTE, A., “Arqueología...”, ob. cit., págs. 117-118. Defiende este autor esta técnica de protección “siempre que su regulación se armonice y pondere debidamente con la propiedad privada y los intereses del desarrollo, ya que, si no, llegaríamos a un caso de extraordinaria congelación del espacio”.

³² La Ley 4/1998, de 11 de junio, del patrimonio cultural valenciano dispone en su artículo 58 que los ayuntamientos, a través de su planeamiento urbanístico, deberán delimitar las áreas existentes en su término municipal que puedan contener restos arqueológicos, para su inclusión en el catálogo urbanístico, previa aprobación por la Administración cultural. Las áreas de especial valor serán inscritas en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano, pudiendo incluso, en función de sus valores, acceder a la declaración de BIC como zonas arqueológicas.

D. Zonas o espacios arqueológicos declarados de forma preventiva

Completan el conjunto de bienes inmuebles con reconocimiento formal de valor cultural, de interés para el objeto de nuestro estudio, algunas zonas o espacios declarados preventivamente por su presumible interés arqueológico. Tal reconocimiento se lleva a cabo mediante una declaración *ad hoc* del órgano competente de la Administración cultural, cuya especialidad radica en el objeto que se pretende proteger –restos arqueológicos y/o paleontológicos– y en el carácter provisional que se desprende de dicha declaración.

2. En inmuebles sin declaración formal de valor cultural

En la legislación protectora del patrimonio arqueológico no se requiere que un inmueble se encuentre en un ámbito espacial afectado por una declaración formal de valor cultural para que recaigan sobre su propietario lo que venimos llamando cargas arqueológicas. Todo lo contrario, la propiedad de los inmuebles desprovistos de tal declaración está sujeta igualmente a obligaciones de esta naturaleza, con consecuencias indemnizatorias muy variadas, como veremos más adelante. Sólo se precisa la constatación o presunción –vinculada o ajena a la realización de obras– de la existencia de restos arqueológicos en el subsuelo de dicho inmueble, para que sea exigible una determinada conducta destinada a preservar ese patrimonio.

En este sentido, la legislación estatal, y en mayor medida la autonómica, otorgan a la Administración cultural amplias facultadas para exigir e imponer diversas obligaciones de hacer y de soportar. Se trata de cargas más excepcionales, ya que no afectan a inmuebles emplazados en ámbitos protegidos (zonas arqueológicas, conjuntos históricos, yacimientos inventariados, etc.); en consecuencia, su compensación está más justificada que si afectasen a bienes con valor cultural formalmente declarado, que por su especial condición se ven gravados con más limitaciones no indemnizables.

V. SUPUESTOS DETERMINANTES DE LAS CARGAS

Respondidas en apartados anteriores, con mayor o menor fortuna, las cuestiones acerca de *qué* estamos protegiendo por medio de las cargas arqueológicas y *dónde* nos encontramos con éstas, procede ahora intentar aclarar *cuándo* se nos van a imponer tales obligaciones, o para ser más precisos, cuáles son los supuestos y circunstancias que van a determinarlas.

Como afirma BERMÚDEZ SÁNCHEZ, la legislación estatal y autonómica

ha estructurado el sistema de protección de restos arqueológicos en torno a dos supuestos esenciales: el de los hallazgos casuales y el de la arqueología preventiva. La regulación de los hallazgos, según este autor, tiene un carácter residual, aplicable en aquellos ámbitos que se encuentran fuera del alcance de la arqueología preventiva, cuya vocación ordenadora encuentra su manifestación a través de la declaración o protección específica previa de los yacimientos arqueológicos³³.

En este capítulo pretendemos profundizar sobre estas cuestiones, destacando los diversos supuestos que pueden dar lugar a la imposición de obligaciones arqueológicas. Así, a la eventualidad prevista en la ley del hallazgo casual en un inmueble, prestamos también nuestra atención a otros escenarios de constatación o presunción por parte de la Administración de la existencia de restos arqueológicos. A este esquema añadimos el supuesto concreto de que un promotor pretenda ejecutar obras e intervenciones en un ámbito afectado por una declaración formal de valor cultural.

1. Obras en terrenos con declaración formal de valor cultural

Tal como hemos avanzado, las obligaciones a cargo de los propietarios de inmuebles afectados por una declaración formal de valor cultural son de gran intensidad, especialmente cuando se promueven obras en ellos. En ese sentido, es habitual que las diversas leyes sobre patrimonio faculden a la Administración cultural para imponer a los promotores intervenciones arqueológicas de diverso alcance: excavaciones, prospecciones, sondeos, actuaciones de puesta en valor, etc. También es frecuente en la legislación autonómica la imposición de la obligación de realizar estudios de posibles incidencias arqueológicas previos al inicio de obras en terrenos ubicados en áreas especialmente protegidas. Estas actuaciones, cuando son obra de los particulares, no siempre se ven acompañadas del consiguiente resarcimiento económico, como oportunamente veremos.

Las mencionadas obligaciones gravan con especial intensidad la promoción de obras en inmuebles ubicados en el ámbito de las zonas arqueológicas, pero también en otras categorías de BIC. En tal sentido, la propia LPHE en su artículo 22.1 extiende la obligación de realizar prospecciones y, en su caso, excavaciones arqueológicas, si así lo ordena la Administración cultural, a cualquier obra o remoción de terreno; también en un sitio histórico declarado bien de interés cultu-

³³ BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., “Intervenciones...”, ob. cit., págs. 68-69. Destaca como instrumento al servicio de las declaraciones de zonas protegidas, las cartas o censos arqueológicos, que permiten un conocimiento previo de los espacios merecedores de dicha declaración.

ral³⁴. De igual modo que en el caso de los espacios declarados BIC, la legislación autonómica faculta a la Administración cultural para imponer a los promotores de obras en los yacimientos arqueológicos catalogados o inventariados –y con similares consecuencias indemnizatorias–, la realización de intervenciones arqueológicas y de estudios previos de posibles incidencias arqueológicas³⁵; haciéndose extensivas estas mismas obligaciones para las obras que se realicen en los yacimientos o áreas arqueológicas incluidos en los instrumentos de planeamiento urbanístico³⁶, así como en las zonas o espacios que, por su presumible interés arqueológico, sean objeto de una declaración preventiva³⁷.

³⁴ Varias leyes autonómicas extienden las obligaciones apuntadas a otras categorías de BIC. Así, contemplan la obligación de realizar intervenciones arqueológicas o estudios de posibles incidencias arqueológicas, con anterioridad al inicio de obras que afectan a los siguientes espacios calificados como BIC o equivalentes: conjuntos históricos y zonas arqueológicas, en la Ley 8/1995, de 30 de octubre, de patrimonio cultural de Galicia; monumentos, conjuntos históricos, jardines históricos, sitios históricos, zonas arqueológicas, lugares de interés etnológico, lugares de interés industrial y zonas patrimoniales, en la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del patrimonio histórico de Andalucía; monumentos, conjuntos históricos, jardines históricos, sitios históricos, zonas arqueológicas y vías históricas, en la Ley 1/2001, de 6 de marzo, del patrimonio cultural del Principado de Asturias, y monumentos históricos, conjuntos históricos, jardines históricos, lugares históricos, zonas de interés etnológico, zonas arqueológicas y zonas paleontológicas, en la Ley catalana 9/1993.

³⁵ Asimismo –aunque raramente– el objeto de esta clase de obligaciones pueden ser inmuebles con este mismo nivel de protección, pero que no se incluyen entre las figuras previstas en la ley como portadores de valores arqueológicos constatados. En este sentido, el artículo 59.1 de la Ley andaluza 14/2007 dispone que, con carácter previo a la autorización de intervenciones arqueológicas en inmuebles de catalogación general, “si las medidas correctoras señaladas por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico así lo establecen o cuando el planeamiento urbanístico así lo disponga, podrá exigirse a la persona o entidad promotora de las mismas, cuando se presuma la existencia de restos del Patrimonio Arqueológico en el subsuelo, la realización de la actividad arqueológica necesaria para su protección.”

³⁶ Así, la Ley valenciana 4/1998 y la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de patrimonio histórico de Canarias imponen estas actuaciones en áreas arqueológicas o yacimientos incorporados a instrumentos de planeamiento urbanístico.

³⁷ No encontramos muchos ejemplos en la legislación autonómica de esta clase de bienes gravados con las citadas obligaciones arqueológicas. Uno de ellos lo constituye la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del patrimonio cultural aragonés, que establece en su artículo 68 que los espacios donde se presuma fundamentalmente la existencia de restos paleontológicos o arqueológicos requeridos de medidas precautorias podrán ser declarados zonas de prevención arqueológica o paleontológica por el consejero competente en materia de patrimonio cultural, y que la realización de cualquier obra o actuación que lleve aparejada la remoción de terrenos en las zonas de prevención requerirá, para ser autorizada, la presentación por el interesado de un estudio arqueólogo o paleontólogo de la incidencia de la obra o actuación, y la realización, por cuenta del propietario, de las intervenciones arqueológicas o paleontológicas que sean necesarias para la debida documentación científica. Por su parte, el artículo 65 de la Ley asturiana 1/2001 define los espacios arqueológicos como “lugares en los que, por evidencias materiales, por antecedentes históricos, por la toponimia, por tradiciones orales significativas o por otros indicios físicos, materiales o documenta-

En principio, las diversas actuaciones arqueológicas corren a cargo del promotor, ya sea éste un sujeto público o privado. Sin embargo, en el supuesto de que estemos ante una promoción privada, no debemos excluir la posibilidad de que sea la Administración quien asuma la ejecución y la financiación de las intervenciones que ella misma ordena. Así, el citado artículo 22.1 de la LPHE dispone que la Administración cultural podrá ordenar las prospecciones y excavaciones que sean necesarias, antes de autorizar cualquier obra o remoción de terreno en un sitio histórico o en una zona arqueológica, sin discernir si corre a cuenta del particular o de la Administración su ejecución y financiación³⁸. No obstante, algún autor como BERMÚDEZ SÁNCHEZ mantiene que, en contraposición a lo dispuesto en el artículo 43 –que remite a la legislación de expropiación forzosa para indemnizar la actuación arqueológica del promotor–, el artículo 22.1 establece para los propietarios la única obligación jurídica de contribuir a los gastos de conservación del patrimonio arqueológico³⁹. En cualquier caso, la legislación autonómica es prácticamente unánime al imponer al promotor, sea éste un sujeto público o privado, la carga de ejecutar y financiar estas actuaciones arqueológicas, sin perjuicio de que en alguna ley se prevean mecanismos de participación del poder público en los gastos que tales actuaciones originen⁴⁰.

En definitiva, la realización de obras en terrenos con declaración formal de valor cultural, constituye un supuesto bien delimitado por las distintas leyes reguladoras del patrimonio cultural, que encuentra su justificación en la función social que está llamada a desempeñar la propiedad afectada por aquella declaración. Ello explica que la compensación económica por los perjuicios causados

les, se presume la existencia de un yacimiento arqueológico.” Estos lugares pueden ser declarados, conforme a la ley asturiana, como BIC o como bienes inventariados, pero también pueden ser objeto de declaración preventiva por parte de la consejería competente en materia de cultura, de tal suerte que las obras e intervenciones en solares o edificaciones que se hallen en esos espacios requerirán la presentación, junto con la solicitud de la licencia correspondiente, de un estudio de su incidencia sobre los restos arqueológicos que puedan contener.

³⁸ Sobre esta cuestión la Ley canaria 4/1999 es más clarificadora, al establecer en su artículo 65.3 que la financiación de las excavaciones que sean necesarias cuando las obras afectan a un yacimiento arqueológico reconocido en un instrumento de planeamiento, serán costeadas por la Administración que la haya ordenado si el promotor es privado, mientras que si éste es público, correrán a su cargo.

³⁹ BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *El derecho...*, ob. cit., págs. 113-114.

⁴⁰ Así en el artículo 58 de la Ley 12/2002, de 11 de julio, de patrimonio cultural de Castilla y León, en el artículo 63 de la Ley gallega 8/1995, en el artículo 59 de la Ley andaluza 14/2007, en el artículo 48 de la Ley catalana 9/1993, en el artículo 59 de la Ley balear 12/1998 y en el artículo 45.5 de la Ley vasca 7/1990.

por la actuación que está obligado a realizar o soportar el propietario del inmueble sea más limitada que en los supuestos que abordamos a continuación⁴¹.

2. Constatación o presunción de restos arqueológicos

El siguiente supuesto que puede originar la exigencia de obligaciones arqueológicas para los particulares –fuera de los casos específicos antes analizados de obras en ámbitos declarados– se fundamenta en la constatación o presunción de la existencia de restos arqueológicos en los inmuebles de su propiedad. En realidad, se trata de dos supuestos que algunas leyes reguladoras del patrimonio cultural contemplan de forma indistinta para gravar a los propietarios de los inmuebles con las mismas obligaciones, pero en otras –la LPHE entre ellas– la mera presunción razonada es suficiente para determinar su imposición.

Tal presunción requiere –para legitimar las facultades de la Administración cultural que luego veremos– un juicio fundado de la existencia de restos arqueológicos, que, a decir de ÁLVAREZ ÁLVAREZ, debe venir avalado por indicios o estudios de carácter histórico, arqueológico, paleontológico o geológico suficientes⁴². La posibilidad cierta de que aparezcan restos arqueológicos, en opinión de BERMÚDEZ SÁNCHEZ, puede tener su origen en la aparición anterior de hallazgos casuales, insuficientes para dotar al espacio afectado de una declaración formal de valor cultural, pero reveladores de la posible localización de un yacimiento; o también puede ser el resultado de datos obtenidos tras la previa prospección del terreno y la confección de cartas arqueológicas o el inventario de bienes⁴³.

La legislación reguladora del patrimonio arqueológico contempla de forma muy dispar las cargas que pesan sobre los propietarios de inmuebles en los que se

⁴¹ En ese sentido, OLLERS VIVES, a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 29 de junio de 2010 (Aranz. 2010, 776), llega a la conclusión de que, de la realización de obras en el centro histórico de Palma, cerca de la muralla, como espacio de interés arqueológico que es, se deriva un efecto esencial: “la carga de llevar a término excavaciones arqueológicas como parte inherente de la propiedad y de los derechos urbanísticos.” Esto excluye la asunción de gastos imputables al presupuesto público, no pudiendo alegar el particular desconocimiento y desprotección, dada la publicidad de las declaraciones como bienes de interés cultural de los conjuntos históricos (OLLERS VIVES, P., “La indemnización por excavaciones arqueológicas. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 29 de junio de 2010”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 15, 2011, pág. 414).

⁴² ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., *Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Civitas, 1989, pág. 781.

⁴³ BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *El derecho...*, ob. cit., pág. 107.

presume, conoce o constata la existencia de restos arqueológicos. La propia LP-HE lo prevé de la siguiente forma en su artículo 43:

“La Administración competente podrá ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado del territorio español, en el que se presuma la existencia de yacimientos o restos arqueológicos, paleontológicos o de componentes geológicos con ellos relacionados. A efectos de la correspondiente indemnización regirá lo dispuesto en la legislación vigente sobre expropiación forzosa.”

Algunas de las leyes autonómicas que prevén, además del requisito de la presunción, el del conocimiento o la constatación de la existencia de restos arqueológicos en cualquier terreno, en el fondo no difieren demasiado del precepto trascrito en lo que se refiere a las facultades administrativas de ordenación o imposición de las intervenciones, y a la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de estas⁴⁴.

Las cargas que pesan sobre los inmuebles en los que se constata o presume la existencia de restos arqueológicos son variadas⁴⁵, y comprenden las mismas o similares actuaciones que en el caso de inmuebles afectados por una declaración formal, a saber, intervenciones arqueológicas propiamente dichas y estudios de posibles incidencias arqueológicas previos al inicio de obras. También es frecuente en este tipo de inmuebles la obligación de realizar controles arqueológicos durante la ejecución de las obras y la paralización o suspensión de éstas por imposición de la Administración cultural. Del examen de las obligaciones expuestas parece deducirse que una gran parte de las facultades administrativas se ejercen con carácter previo o durante la ejecución de una obra; sin embargo, algunas de dichas facultades también se reconocen en la norma al margen de esta circunstancia. Las situaciones indicadas, como se puede deducir, conllevan diferentes grados de compensación económica para el particular que las sufre, que se abordarán en el capítulo correspondiente⁴⁶.

⁴⁴ Así, entre otros, el artículo 82.2 de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de patrimonio cultural de Cantabria, el artículo 52 de la Ley castellano-leonesa 12/2002, el artículo 56.2 de la Ley gallega 8/1995 y el artículo 50.1 de la Ley vasca 7/1990.

⁴⁵ La descripción de las distintas obligaciones arqueológicas previstas para los supuestos de constatación o presunción de restos arqueológicos en las distintas leyes autonómicas de patrimonio cultural será objeto de la debida atención en el capítulo VI del presente estudio.

⁴⁶ En el capítulo VII.

En los supuestos que estamos analizando, la ejecución de las actuaciones impuestas no compete en exclusiva al propietario de los inmuebles afectados; con frecuencia es la Administración quién las asume. En este caso, entran en juego las obligaciones de soportar a cargo del particular, quién debe padecer los perjuicios derivados de las intervenciones realizadas por la Administración y la ocupación de los terrenos que se requiere para tal menester.

3. Hallazgo casual de restos arqueológicos

El tercer supuesto generador de obligaciones arqueológicas lo constituye la aparición de un hallazgo casual en cualquier terreno en el que se están realizando movimientos de tierras, demoliciones o cualquier otro tipo de obra. Si nos atenemos a lo establecido en los artículos 41 y 42 de la LPHE⁴⁷, los hallazgos casuales son descubrimientos que tienen lugar como consecuencia de dichas actividades o por azar; nunca como resultado de intervenciones arqueológicas debidamente autorizadas.

Prácticamente todas las leyes reguladoras del patrimonio cultural prevén la eventualidad del hallazgo a consecuencia de la realización de obras, como circunstancia que origina la imposición de obligaciones arqueológicas al promotor. La LPHE define en su artículo 41.3 los hallazgos casuales, declara en el artículo 42.3 la ilicitud de las obras realizadas con posterioridad al hallazgo en el lugar donde éste se produce y establece en el artículo 44 el régimen de los objetos o restos hallados. Contiene el artículo 41.3 de la LPHE, como decíamos, la siguiente definición de hallazgos casuales:

“Se consideran hallazgos casuales los descubrimientos de objetos y restos materiales que, poseyendo los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español, se hayan producido por azar o como consecuencia de cualquier otro tipo de remociones de tierra, demoliciones u obras de cualquier índole”.

A juicio de BERMÚDEZ SÁNCHEZ, el concepto de hallazgo casual de la LPHE tiene un carácter residual al comprender el descubrimiento de vestigios no obtenidos como consecuencia de excavaciones y prospecciones arqueológicas. Sin embargo, añade este autor, que, a la vista de las diferentes regulaciones legales sobre la materia, debemos excluir la aplicación del régimen jurídico del

⁴⁷ El artículo 41 define las excavaciones, las prospecciones arqueológicas y los hallazgos; el artículo 42 regula el régimen de las autorizaciones de excavaciones y prospecciones.

hallazgo casual respecto de aquellos casos en que, a pesar de producirse al margen de intervenciones arqueológicas programadas, tienen lugar en espacios oficialmente declarados o donde se presume fundadamente la existencia de restos arqueológicos⁴⁸.

Podemos distinguir, por tanto, una acepción estricta de hallazgo casual y otra de aplicación extensiva. La primera concibe el hallazgo como un acontecimiento azaroso y desprovisto de previsibilidad; la segunda requiere una actividad que no persigue el descubrimiento de restos arqueológicos sino que tiene una finalidad que podemos considerar esencialmente urbanística. La LPHE, como antes señalamos, incluye dentro de este tipo de actividades las remociones de tierra, las demoliciones y los demás tipos de obras. No es extraño que cualquiera de ellas ponga al descubierto objetos o restos de construcciones que permanecerían ocultos de no llevarse a cabo la actuación. Ya sean descubiertos de una manera o de otra, la LPHE establece el régimen de los bienes hallados, que incluye el premio en metálico que corresponde al descubridor y al propietario del lugar en donde hubiera sido encontrado, así como el destino que habrá de dárseles, todo ello conforme a la naturaleza demanial de dichos bienes descrita con anterioridad.

Llegados a este punto, nos interesa ahondar en el supuesto –bastante común en la legislación autonómica– de los hallazgos casuales en terrenos que se encuentren en obras, que conlleva importantes consecuencias económicas para los promotores. En ese sentido, sobre el inmueble en el que tiene lugar el hallazgo pesan diversas cargas arqueológicas; la más inmediata es la obligación de paralizar la obra que se está ejecutando. Es en este momento cuando surge para el promotor el deber de comunicación a la Administración cultural y de depósito o entrega de lo hallado. También a causa de esta eventualidad, la ley impone a los propietarios afectados otro tipo de obligaciones de índole arqueológica, como son la de realizar o soportar las intervenciones arqueológicas que sean precisas, la adopción de medidas de protección de los objetos encontrados durante la suspensión de la obra, el control o seguimiento arqueológico de ésta, etc.⁴⁹; todas ellas con diversos grados de compensación para el particular que las padece.

⁴⁸ BERMÚDEZ SANCHEZ, J., “Mecanismos...”, ob. cit., pág. 99. En apoyo de esta tesis el autor cita la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1991 (Aranz. 1991, 3472) que niega el carácter de hallazgo casual en el caso de una excavación realizada sin autorización y con detectores de metales en una zona, no declarada formalmente, en la que era conocida la existencia de restos arqueológicos (nota al pie).

⁴⁹ Todas estas obligaciones serán analizadas en el capítulo VI de este trabajo.

VI. CARGAS PARA LOS PROPIETARIOS DE LOS INMUEBLES

Abordamos en este capítulo las diversas obligaciones de índole arqueológica a cargo del propietario de un inmueble, que se encuentra en cualquiera de los supuestos antes analizados. Dichas obligaciones, como veremos, requieren para el particular, o bien una conducta activa, que se traduce en concretas actuaciones que debe acometer directamente, o bien una conducta pasiva, consistente en permitir la acción de la Administración, adoptando una actitud de colaboración con ella⁵⁰. Algunas de las obligaciones de hacer a las que vamos a referirnos afectan a los propietarios de los inmuebles de igual forma que si voluntariamente solicitaran autorización para realizar una intervención arqueológica al amparo de lo dispuesto en el artículo 42 de la LPHE o en la disposición autonómica equivalente. No obstante, como quiera que el objeto del presente estudio lo constituye las cargas arqueológicas que se le imponen a los propietarios de inmuebles, vamos a enfocar el tema desde la perspectiva del que se ve obligado a actuar al margen de su voluntad, cuando se encuentre en cualquiera de las situaciones descritas en el capítulo anterior.

1. Obligaciones de hacer

Analizamos a continuación las más importantes obligaciones que exigen una conducta activa de su destinatario, a la vista de lo dispuesto en la LPHE, pero sobre todo en la legislación autonómica. Se trata de obligaciones cuyo cumplimiento tiene lugar en distintos momentos del suceso que lo determina. Así, algunas deben cumplirse antes de iniciar una obra, durante su ejecución o a su finalización; otras se realizarán tan pronto como sobrevenga un hallazgo casual, con posterioridad o durante el tiempo preciso para un mejor conocimiento de lo hallado, y otras dependerán del momento en que la Administración cultural adopte una decisión basada en la creencia o constatación de la existencia de restos arqueológicos.

A. Interrupción y suspensión de la obra

Cuando se produce el hallazgo casual de restos arqueológicos con ocasión de cualquier clase de obra, la primera medida que debe adoptar la Administración

⁵⁰ En ese sentido, es de destacar la opinión de ÁLVAREZ ÁLVAREZ, que, del análisis de los artículos 42 y 43 de la LPHE, deduce que la facultad administrativa para ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno en el que se presume la existencia de restos arqueológicos debe entenderse en dos sentidos: como una potestad para ordenar y autorizar la realización de intervenciones arqueológicas por parte del particular propietario, y como una prerrogativa de la Administración para llevar a cabo la intervención “a su iniciativa y de oficio” (*Estudios...*, ob. cit., págs. 779-780).

cultural consiste en la paralización de dicha obra. Es esta una medida cautelar que conlleva para el promotor la obligación de interrumpir la actividad que estuviera llevando a cabo en el inmueble afectado, y de suspenderla durante el tiempo necesario para proteger y estudiar los bienes arqueológicos aparecidos. Pero no solo la eventualidad de un hallazgo casual es motivo de la interrupción y suspensión de una obra; también la presunción o la constatación de la existencia de restos arqueológicos origina esta obligación para el promotor.

La LPHE prevé esta medida cautelar en sus artículos 25 y 37, sin contemplar el específico escenario de la existencia constatada o presunta de restos arqueológicos. Así, el artículo 25 se refiere a la suspensión de obras de demolición o de cambio de uso en los inmuebles integrantes del patrimonio cultural no declarados de interés cultural, mientras que el artículo 37 otorga a la Administración la potestad de paralizar y suspender cualquier clase de obra o intervención en un inmueble que goce de aquella condición, o en el que, por apreciarse la concurrencia de valores artísticos, históricos o antropológicos, pueda ser declarado como BIC. Como se puede observar, se trata de dos preceptos de aplicación general a bienes inmuebles dotados de mayor o menor valor cultural, sea éste arqueológico o de otra clase, que difieren en el plazo máximo de suspensión que prevén: seis meses en el primero y treinta días en el segundo.

A diferencia de la LPHE, la legislación autonómica sí contempla el supuesto específico de la suspensión de obras como consecuencia de un hallazgo casual y por presumirse o constatarse la existencia de bienes arqueológicos. El primer supuesto es objeto de regulación en la mayor parte de las leyes autonómicas reguladoras del patrimonio cultural, con escasas excepciones⁵¹; sin embargo, es menos común la medida suspensiva ordenada con ocasión de la presunción o constatación de bienes arqueológicos en un terreno en obras⁵².

Las disposiciones autonómicas reguladoras de la suspensión de obras como consecuencia del hallazgo casual de restos arqueológicos tratan de forma diversa la indemnización por los perjuicios causados. Algunas leyes autonómicas establecen un sistema en el que la exigibilidad del resarcimiento tiene lugar una vez tras-

⁵¹ La Ley aragonesa 3/1999, la Ley 4/1990, de 30 de mayo, del patrimonio histórico de Castilla-La Mancha y la Ley 4/2007, de 16 de marzo, de patrimonio cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia adolecen de regulación al respecto.

⁵² Sólo tres leyes la prevén: la Ley aragonesa 3/1999 en su artículo 70.6, la Ley gallega 8/1995 en su artículo 56.3, la Ley foral 14/2005, de 22 de noviembre, del patrimonio cultural de Navarra en su artículo 59.4 y la Ley riojana 7/2004 en su artículo 57.1.

currido un plazo, que oscila entre los 10 días y los dos meses⁵³, a partir del cual cabe reclamar la correspondiente indemnización⁵⁴. Otras leyes guardan silencio acerca de esta cuestión⁵⁵, o, como la asturiana, disponen sin concretar, la indemnizabilidad de la interrupción de las obras que se estuvieran ejecutando conforme a la legalidad⁵⁶. Un tercer grupo lo conforman las normas autonómicas que expresamente niegan el derecho a ser indemnizados por los perjuicios derivados de la suspensión⁵⁷. Como veremos en el capítulo VII de este trabajo, entendemos que la opción mayoritaria de establecer un sistema de plazos a partir de los cuales debe resarcirse al promotor perjudicado, es la más adecuada por ser, si no la más respetuosa con el principio constitucional consagrado en el artículo 106.2 de la Norma Fundamental, sí la que delimita con mayor precisión los términos del derecho a la indemnización. En cualquier caso, siguiendo a GALLEGO ANABITARTE, podemos afirmar que la suspensión de las obras particulares como consecuencia del hallazgo casual de restos arqueológicos conllevará la correspondiente indemnización aunque ésta no aparezca expresamente prevista en la ley⁵⁸.

Cuando la suspensión de las obras es consecuencia de la presunción o constatación de la existencia de bienes arqueológicos en el terreno en que aquellas se están ejecutando, los perjuicios padecidos no son indemnizables, debiendo correr a cargo del promotor el retraso en la finalización de los trabajos. Así lo confirman algunas leyes autonómicas reguladoras del patrimonio cultural, al negar expresamente la procedencia de tal indemnización⁵⁹.

⁵³ Como afirma GALLEGO ANABITARTE, este inicial período de suspensión se considera adecuado para un mejor conocimiento del lugar y poder así decidir en consecuencia (“Arqueología...”, ob. cit., pág. 96).

⁵⁴ Así lo dispone la ley andaluza, la catalana, la balear, la gallega, la vasca, la riojana y la valenciana. La Ley cántabra 11/1998 establece en su artículo 84.3 la aplicabilidad de las normas generales sobre responsabilidad administrativa en el caso de que la Administración amplíe el plazo de suspensión de quince días inicialmente previsto para realizar actividades de comprobación; pero, no obstante, advierte de la posibilidad de que la suspensión de las obras sea objeto de compensación económica desde el primer momento.

⁵⁵ Como las leyes canaria y madrileña.

⁵⁶ El artículo 68.3 de la Ley asturiana 1/2001 establece que, cuando el hallazgo tenga lugar como consecuencia de obras ejecutadas conforme a licencias ajustadas a la legalidad, “el Principado de Asturias colaborará con los Ayuntamientos en la financiación de las indemnizaciones que eventualmente se pudieran derivar para éstos”.

⁵⁷ Así se establece en la Ley castellano-leonesa 12/2002, en la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de patrimonio histórico y cultural de Extremadura y en la Ley navarra 14/2005.

⁵⁸ GALLEGO ANABITARTE, A., “Arqueología...”, ob. cit., pág. 96.

⁵⁹ En ese sentido, el artículo 70.6 de la Ley aragonesa 3/1999 y el artículo 59.4 de la Ley navarra 14/2005. Sin embargo, las leyes gallega y riojana, a pesar de contemplar este supuesto de suspensión de obras, guardan silencio acerca de su indemnizabilidad.

B. Comunicación, depósito y entrega de bienes arqueológicos descubiertos

El hallazgo de bienes arqueológicos genera, además de la obligación de suspender en su caso las obras que se estaban ejecutando, la de comunicar el descubrimiento a la autoridad, la de mantener aquellos bienes en las debidas condiciones y finalmente la de entregarlo a la Administración competente. Pero no sólo el descubrimiento casual hace surgir estas tres obligaciones; la propia LPHE en su artículo 44 también se las impone al descubridor de objetos y restos materiales de valor histórico con motivo de excavaciones, prospecciones u otro tipo de actuaciones arqueológicas, estableciendo plazos distintos para su comunicación, ya se trate de una u otra causa⁶⁰. No obstante, en la legislación autonómica las obligaciones indicadas aparecen generalmente asociadas al acontecimiento del hallazgo casual.

La aparición de objetos arqueológicos debe ser notificada a la mayor brevedad a la Administración competente. Algunas leyes autonómicas reguladoras del patrimonio cultural establecen, con cierta imprecisión, que esta comunicación debe ser inmediata; otras concretan esta inmediatez estableciendo un plazo máximo, generalmente de 48 horas. La comunicación debe hacerse a la Administración cultural o al ayuntamiento correspondiente; incluso alguna norma autonómica prevé la posibilidad de informar a los cuerpos y fuerzas de seguridad. Esta obligación se completa en algunas leyes autonómicas con la de no hacer público el hallazgo hasta después de haber sido informada la Administración receptora de la comunicación.

Realizada la anterior comunicación, surgen para el descubridor las obligaciones de tener en depósito lo hallado y de entregarlo al organismo administrativo que corresponda. Así lo establece el artículo 44.2 de la LPHE, a cuyo tenor:

“Una vez comunicado el descubrimiento, y hasta que los objetos sean entregados a la Administración competente, al descubridor le serán de aplicación las normas del depósito legal, salvo que los entregue a un Museo público.”

⁶⁰ El apartado 1 de este artículo establece lo siguiente: “Son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. El descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales. En ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil.”

Esta declaración de la LPHE sobre la aplicabilidad del régimen legal del depósito para los bienes arqueológicos hallados –común en la mayoría de las leyes autonómicas– nos remite a las disposiciones del Código Civil sobre el contrato del mismo nombre, en aquello que admita su aplicación⁶¹. En este sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1761 de ese cuerpo legal, las obligaciones inherentes al depósito de objetos arqueológicos descubiertos se limitan a los bienes muebles, como advierte alguna norma autonómica⁶². Por otra parte, es bastante común en la legislación de reguladora del patrimonio cultural disponer que el bien arqueológico debe depositarse en el lugar del descubrimiento hasta que la Administración competente determine su destino, salvo que exista riesgo de desaparición o deterioro, y siempre que haya que efectuar remociones de tierra para extraerlo.

Como alternativa al depósito o a continuación de éste, el descubridor debe hacer entrega del bien arqueológico hallado –si es mueble– a un museo público o a la Administración cultural o municipal competente. Algunas leyes autonómicas establecen un plazo máximo para la entrega del bien de 48 horas desde el descubrimiento o desde su comunicación.

Finalmente, resta aludir a la indemnización que corresponde al descubridor del bien arqueológico por tener que cumplir las obligaciones expuestas. Para ello nos remitimos al estudio de la figura del premio en metálico que desarrollaremos al final del capítulo VII.

C. Adopción de medidas adecuadas de protección de restos

Como consecuencia de un hallazgo casual y durante la suspensión cautelar de las obras que se estuvieran llevando a cabo en el inmueble afectado, el promotor viene obligado en algunas leyes autonómicas a adoptar medidas de protección de los restos arqueológicos descubiertos. Se trata de una imprecisa obligación que se mantendrá durante el tiempo que dure la suspensión, y a la que, por regla general, no se le reconoce expresamente la debida contrapartida en forma de indemnización⁶³, lo cual no empece para que –como veremos en el capítulo VII– sea compensable económicamente.

⁶¹ El régimen legal del depósito es objeto del título XI del libro IV del Código Civil, y en concreto, las disposiciones referidas al depósito necesario se contienen en los artículos 1781 a 1784.

⁶² Así lo establecen los artículos 69.2 y 59.3 de la Ley aragonesa 3/1999 y de la Ley gallega 8/1995, respectivamente.

⁶³ La excepción la constituyen el artículo 68.3 de la Ley asturiana 1/2001 y el artículo 57.4 de la Ley riojana 7/2004. El primero de ellos establece lo siguiente: “Cuando se trate de obras realizadas en virtud

Con todo, la obligación de adoptar medidas adecuadas de protección de restos no siempre surge a causa de un hallazgo sobrevenido durante la ejecución de obras. También se contempla esta obligación –aunque de forma minoritaria en la legislación autonómica– con ocasión de actuaciones en terrenos afectados por una declaración formal de valor cultural⁶⁴. En estos casos, la carga impuesta es de difícil compensación para quién la sufre, debido a la especial naturaleza del espacio afectado.

D. Intervención arqueológica

Una de las cargas arqueológicas más gravosas que la legislación en materia de patrimonio cultural puede imponer al particular consiste en la obligación de realizar una intervención arqueológica en el terreno de su propiedad. Esta intervención puede consistir en una excavación, una prospección, un sondeo, etc., y desarrollarse como mínimo en dos fases, a saber, una primera en la que la actuación se define en un proyecto, y una segunda de ejecución propiamente dicha. Además, cada tipo de intervención puede tener su origen en otra anterior, de tal suerte que a una excavación puede anteceder un sondeo o una prospección, y a su vez dar lugar a una actuación de puesta en valor de los restos arqueológicos excavados. Todas estas actuaciones en sus distintas fases deben ser autorizadas por la Administración cultural⁶⁵, quien valorará la necesidad de acometer otras nuevas en función del resultado de las que vayan ejecutándose.

El régimen legal básico que regula las intervenciones arqueológicas a cargo de los particulares se contempla en los artículos 22.1 y 43 de la LPHE. El primero establece el régimen aplicable a las obras que pretendan ejecutarse en terrenos que cuentan con una declaración formal de valor cultural, de la siguiente forma:

de licencias municipales concedidas con ajuste a la legalidad, el Principado de Asturias colaborará con los Ayuntamientos en la financiación de las indemnizaciones que eventualmente se pudieran derivar para éstos del cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo”, entre cuyas obligaciones se encuentra la de adoptar las medidas adecuadas para la protección de restos arqueológicos. Por su parte, el precepto de la ley riojana dispone que “los afectados podrán obtener las indemnizaciones previstas en la legislación vigente sobre expropiación forzosa” cuando se les impongan –en los casos en que se prorrogue la paralización de las obras por tres nuevos periodos de tres meses, contados a partir del plazo inicial de tres meses– “aquellas medidas de protección que garanticen la conservación de los bienes arqueológicos o paleontológicos, si existen causas justificadas por la Administración que lo aconsejen.”

⁶⁴ El artículo 65.2 de la Ley canaria 4/1999, en relación con las obras o actuaciones que afecten a la superficie de un yacimiento arqueológico reconocido en un instrumento de planeamiento urbanístico, establece lo siguiente: “Si fuere pertinente, la Administración competente podrá [...] determinar las posibles medidas protectoras a adoptar durante la obra, trazados alternativos y demás condicionantes dirigidos a la salvaguardia del yacimiento, que deberán incorporarse a las licencias o autorizaciones preceptivas.”

⁶⁵ El artículo 42.1 de la LPHE establece sucintamente el régimen de autorización administrativa de las excavaciones y prospecciones arqueológicas.

“Cualquier obra o remoción de terreno que se proyecte realizar en un Sitio Histórico o en una Zona Arqueológica declarados Bien de Interés Cultural deberá ser autorizada por la Administración competente para la protección de dichos bienes, que podrá, antes de otorgar la autorización, ordenar la realización de prospecciones y, en su caso, excavaciones arqueológicas, de acuerdo con lo dispuesto en el Título V de la presente Ley.”

El segundo artículo citado contempla la presunta existencia de restos arqueológicos en cualquier terreno, otorgando al particular afectado la posibilidad de resarcirse por el perjuicio derivado de la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas ordenadas por la Administración.

Aunque ambas disposiciones, al establecer que la Administración competente *podrá ordenar*, parecen otorgar a ésta la potestad para imponer a los particulares la realización de las intervenciones que considere oportunas⁶⁶, nada impide que sea ella misma quien las asuma directamente, como veremos en su momento.

La regulación de la legislación autonómica sobre las intervenciones privadas es por lo general más detallada que la del Estado, y contempla la obligación que estamos analizando, no sólo en relación con los supuestos en los que se presume la existencia de restos arqueológicos en cualesquiera terrenos, y de obras en aquellos otros con declaración formal de valor cultural, sino también en los casos en que la existencia de dichos restos es más que presunta, ya sea en terrenos en obras o no, y en aquellos otros en los que sobreviene un hallazgo casual. Analizando las distintas leyes autonómicas sobre patrimonio cultural podemos sistematizar las situaciones que pueden darse, de la siguiente forma:

a) Obras en terrenos con declaración formal de valor cultural: las diversas normas autonómicas que prevén la indemnización por los perjuicios derivados de la obligación de intervenir en este supuesto —algunas ignoran esta posibilidad—, adoptan parecidas soluciones para resarcir al particular por el desembolso que origina su actuación. Todas ellas coinciden en la preferencia por la petición a la Administración de su colaboración para financiar la intervención, que adoptará la forma de ayudas y subvenciones.

b) Constatación o presunción de restos arqueológicos en cualquier terreno: la jurisprudencia completa la regulación legal de este supuesto despejando la duda

⁶⁶ Así lo entienden el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y el de Galicia, en sus respectivas sentencias de 21 febrero de 2000 (Aranz. 2000, 266527) y de 29 noviembre de 2007 (Aranz. 2009, 7195).

acerca del sujeto ejecutor de la intervención al atribuir esta condición directamente al particular, así sea compelido por la Administración⁶⁷. La onerosidad de esta carga, no obstante, viene siendo debidamente compensada en la generalidad de las normas autonómicas reguladoras de esta situación –aunque algunas no reconocen expresamente esta posibilidad– a través de técnicas diversas (reclamación de responsabilidad patrimonial, subvenciones, etc.) que veremos más detenidamente en otro lugar⁶⁸.

c) Hallazgo casual en cualquier terreno en obras: aunque con menor frecuencia, algunas leyes autonómicas imponen a los particulares la obligación de realizar intervenciones arqueológicas como consecuencia de un hallazgo casual en un terreno donde se están ejecutando obras. El régimen compensatorio comprende aquí desde el genérico reconocimiento del derecho a la indemnización, a la específica petición a la Administración para que participe en la financiación de la intervención⁶⁹.

E. Estudio previo de posible incidencia arqueológica de la obra

En algunas leyes autonómicas reguladoras del patrimonio cultural se requiere, con carácter previo a la ejecución de una obra que pueda afectar al patrimonio arqueológico que se halle en un inmueble, la presentación de un estudio de su posible incidencia sobre ese patrimonio. Es ésta una obligación que recae sobre los promotores de obras que afecten principalmente a espacios con una declaración formal de valor cultural, pero también a otros en los que se presume o conoce la existencia de restos arqueológicos.

El estudio de posible incidencia arqueológica, redactado por técnico competente, deberá presentarse o remitirse a la Administración cultural, al efecto de que dé su aprobación, previamente a la obtención de la licencia municipal de obras. Aquella Administración determinará, a la vista dicho estudio, la necesidad o no de una intervención arqueológica o la adopción de posibles medidas protectoras que habrán de adoptarse durante la obra.

Todas las leyes autonómicas que establecen esta obligación omiten cualquier referencia a la indemnización por los perjuicios que se derivan de ella⁷⁰; lo que

⁶⁷ Así lo sugieren diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, concretamente la de 24 de abril de 2002 (Aranz. 2002, 184924), de 9 de diciembre de 2004 (Aranz. 2005, 197434), de 2 de febrero de 2005 (Aranz. 2005, 193503) y de 16 de enero de 2008 (Aranz. 2008, 356754), así como la del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 29 de junio de 2010 (Aranz. 2010, 776).

⁶⁸ En el apartado 3 del capítulo VII de este trabajo.

⁶⁹ Tal como dispone el artículo 63.3 de la Ley valenciana 4/1998.

⁷⁰ Si acaso, la Ley castellano-manchega 4/1990, en su artículo 21.3, se aparta de la tónica general, al

permite deducir, siguiendo a QUEROL FERNÁNDEZ y MARTÍNEZ DÍAZ, que su redacción y presentación constituiría una carga inevitable para el promotor de una obra, del mismo modo que otros estudios de distinta naturaleza igualmente necesarios: estudios de fisuras, resistencia, hidrología o humedades, etc.⁷¹

F. Control arqueológico

Otra obligación de hacer –menos frecuente en la legislación autonómica que la anteriormente analizada– la constituye el control o seguimiento arqueológico de la obra que se ejecute en terrenos donde se presume o, a consecuencia de un hallazgo casual, se constata la existencia de restos arqueológicos. Esta obligación consiste en la supervisión por un arqueólogo del proceso de la obra en la medida en que afecte o pueda afectar a los restos arqueológicos descubiertos o por descubrir.

La compensación por el quebranto económico que supone esta obligación es tratada de forma dispar por las leyes autonómicas analizadas. Mientras que en algunas normas se elude dar una respuesta a esta cuestión⁷², en otras hay un reconocimiento indemnizatorio expreso⁷³.

2. Obligaciones de soportar

Además de las obligaciones de hacer antes analizadas, debemos considerar el conjunto de obligaciones pasivas o de soportar derivadas de la actuación arqueológica de la Administración. En algunos casos esta actuación del órgano administrativo no difiere sustancialmente de la que correspondería realizar al particular; en otros el sujeto ejecutor sólo puede ser la propia Administración. Las obligaciones de soportar podrán cumplimentarse con ocasión de un hallazgo casual o dependiendo de la creencia o la constatación de la existencia de restos arqueológicos.

A. Obligaciones derivadas de la intervención arqueológica realizada por la Administración

El artículo 22.1 de la LPHE, ya citado con anterioridad, impone a los promotores de cualquier obra que se proyecte realizar en un espacio formalmente

trasladar al particular la obligación de costear el estudio ejecutado subsidiariamente por la Administración cultural por no haberlo aquel iniciado o haberlo suspendido sin causa justificada.

⁷¹ QUEROL FERNÁNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ DÍAZ, B., *La gestión...*, ob. cit., pág. 369.

⁷² Así en la Ley gallega 8/1995 y en la Ley riojana 7/2004.

⁷³ El modo de hacerlo efectivo en la Ley cántabra 11/1998 es a través de la colaboración de la Administración en la financiación del control si éste supera el 2 % del presupuesto global de la obra.

declarado de interés cultural, la obligación de obtener la autorización de la Administración, quién podrá ordenar la realización de intervenciones arqueológicas. Por su parte, el igualmente aludido artículo 43 de la LPHE también atribuye a aquella la facultad de ordenar actuaciones arqueológicas fuera de espacios declarados, en cualquier terreno en el que se presuma la existencia de yacimientos o restos arqueológicos. Como recordaremos, habíamos señalado que ambos preceptos, atribuyen a la Administración competente la potestad para imponer a los particulares la realización de las intervenciones que considere oportunas, pero al tiempo también la facultan para asumirlas directamente, lo que se traduce en una obligación para el particular de soportar los perjuicios derivados de la actuación del órgano administrativo⁷⁴.

A la vista de lo dispuesto en la norma estatal, los supuestos que legitiman la intervención administrativa directa son: la ejecución de obras en terrenos con declaración formal de valor cultural y la presunción de restos arqueológicos en cualquier terreno. Pues bien, la legislación autonómica no contempla de forma explícita el primero de estos supuestos legitimadores, y destaca como más común la presunción –y también la constatación– de restos arqueológicos en cualquier inmueble. En este caso la intervención arqueológica, cuando deba ser ejecutada directamente por una Administración pública, corresponderá normalmente a la que la haya ordenado, sin perjuicio de que finalmente sea otra la que la lleve a cabo. En este sentido traemos a colación el artículo 61 de la Ley valenciana 4/1998, que es la única disposición que establece expresamente la facultad de la Administración, autonómica o de otro ámbito, para realizar intervenciones arqueológicas en el supuesto que nos ocupa. Dice así este precepto:

“La consellería competente en materia de cultura podrá realizar actuaciones arqueológicas o paleontológicas en cualquier lugar en que se conozca o presuma fundadamente la existencia de restos arqueológicos o paleontológicos, ajustándose al principio del menor perjuicio para los particulares. Dichas ac-

⁷⁴ BERMÚDEZ SÁNCHEZ mantiene que la facultad de la Administración contenida en el artículo 43 de la LPHE, de ordenar excavaciones arqueológicas “sólo puede concebirse como la competencia de ésta para llevarlas a cabo en cualquier terreno, pero, eso sí, a su costa, sin que este precepto ampare una obligación del particular (promotor) de realizar la excavación a su costa, dada la explícita remisión a la legislación de expropiación forzosa” (*El derecho...*, ob. cit., pág. 63). Para GARCÍA FERNÁNDEZ la finalidad del artículo 43 de la LPHE “es la de levantar el obstáculo que supone que un propietario particular se niegue a permitir una excavación o prospección”, y si se niega, la Administración actuará expropiando, no el terreno, sino la ocupación temporal de ese terreno (GARCÍA FERNÁNDEZ, J., “La protección del patrimonio arqueológico. Especial referencia a los artículos 40.2, 41 y 42 de la Ley del Patrimonio Histórico Español”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 6, 2002, págs. 175-176).

tuaciones se notificarán a los Ayuntamientos interesados, que podrán también realizarlas previa autorización de la consellería competente en materia de cultura, otorgada en los términos previstos en el artículo 60. La determinación de la indemnización que, en su caso, proceda por causa de estas actuaciones se hará conforme a lo dispuesto en la legislación sobre expropiación forzosa.”

Pero no sólo la constatación o presunción de restos arqueológicos en un inmueble, aún siendo el supuesto más paradigmático en la legislación autonómica, constituye el único que va a determinar la obligación del particular de soportar la actuación administrativa. También el hallazgo de objetos arqueológicos en un terreno en obras va a producir los mismos efectos. En este caso, sin embargo, no se requiere una previa orden de la Administración cultural, sino que la actuación viene impuesta *ope legis*.

En cualquier caso, la consecuencia más inmediata para el particular, cuando es la Administración quien interviene directamente, es el tener que permitir la ocupación del terreno objeto de la actuación arqueológica durante el tiempo en que ésta se desarrolle. Tanto el artículo 43 de la LPHE como las disposiciones autonómicas reguladoras de la intervención administrativa en terrenos privados donde se constata o presume la existencia de restos arqueológicos, aluden a la Ley de expropiación forzosa como cauce legal para que el particular obtenga la correspondiente indemnización, lo que nos remite a sus artículos 108 y siguientes, que establecen el régimen de indemnización por ocupación temporal⁷⁵, sin perjuicio de que aquel pueda acudir a otros mecanismos para resarcirse de perjuicios no causados directamente por dicha ocupación, como veremos más adelante.

B. Otras obligaciones derivadas de un hallazgo casual

Con motivo de un hallazgo casual y durante la suspensión cautelar de las obras que se estuvieran llevando a cabo en el inmueble afectado, surgen para el propietario de un inmueble, en algunas leyes autonómicas, diversas obligaciones de soportar que tienen por objeto la preservación de los restos arqueológicos descubiertos. De esta clase es la obligación que la legislación canaria reguladora del patrimonio cultural impone a los promotores de obras en virtud de las cuales se descubran restos u objetos arqueológicos, de soportar las medidas oportunas pa-

⁷⁵ La finalidad de esta ocupación en estos casos es, a juicio de ESCUIN PALOP, similar a la recogida en el artículo 108.1 de la Ley de expropiación forzosa, a saber, “llevar a cabo estudios o practicar operaciones facultativas de corta duración para la formación del proyecto” (ESCUIN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de expropiación forzosa*, 3ª ed., Aranzadi, 2008, pág. 817).

ra asegurar su protección en caso de riesgo o peligro de expolio⁷⁶, de carácter análogo a la analizada en otro lugar, en la que el sujeto directamente obligado es el propio particular.

Debe destacarse también en este apartado la obligación prevista en la ley catalana, para el promotor de una obra en la que aparecen restos arqueológicos, de soportar las actividades de comprobación que el órgano de la Administración cultural lleve a cabo para determinar el interés y el valor arqueológico de los hallazgos⁷⁷. Esta obligación de carácter pasivo se complementa con la del promotor, de colaborar en la realización de dichas actividades.

Otro ejemplo de obligación pasiva de esta índole es la que se impone en la legislación riojana y valenciana, al promotor de una obra donde se produce algún hallazgo, de ajustar la ejecución de dicha obra al plan de trabajo previamente diseñado por la Administración, una vez que se reanuda con el debido control arqueológico tras la suspensión⁷⁸.

Las obligaciones de soportar descritas en este apartado tienen en común la falta de un reconocimiento expreso en la ley de una indemnización que resarza los perjuicios sufridos por el promotor de la obra afectada; pero ello impide –como veremos en el capítulo VII– que tales perjuicios sean debidamente compensados.

VII. FINANCIACIÓN E INDEMNIZACIÓN

La imposición de las cargas arqueológicas antes descritas plantea la cuestión de la compensación económica para los propietarios de inmuebles obligados a sufrirlas. Para abordar la cuestión analizamos a continuación la indemnizabilidad de dichas obligaciones, y en el caso de que éstas sean indemnizables, cuál es y cómo se valora el perjuicio causado, y qué mecanismo prevé la ley para hacer efectiva la compensación.

⁷⁶ En este sentido, el artículo 70 de la Ley canaria 4/1999 establece en su apartado 2 la obligación de que los hallazgos sean mantenidos en el lugar del descubrimiento hasta que el órgano competente de la Administración cultural autorice, en su caso, su levantamiento o la realización de la oportuna intervención arqueológica, “todo ello sin perjuicio de que se tomen las medidas oportunas para asegurar su protección en caso de riesgo o peligro de expolio”, y el apartado 3 señala que el órgano conocedor del hecho “adoptará de inmediato las medidas cautelares que garanticen la preservación de los bienes arqueológicos hallados, ordenando, en su caso, la suspensión de la obra o actividades que hubieren dado lugar al hallazgo.”

⁷⁷ Véase el artículo 52.2 de la Ley catalana 9/1993.

⁷⁸ Así lo prevén los artículos 57.3 y 63.2 de la Ley riojana 7/2004 y de la Ley valenciana 4/1998, respectivamente.

1. Asunción de costes

Al referirnos a la asunción de costes derivados de las cargas arqueológicas pretendemos determinar si la ley reconoce al particular obligado el derecho a resarcirse de los perjuicios sufridos o si, por el contrario, está obligado a asumirlos de forma que las obligaciones impuestas corran exclusivamente por su cuenta⁷⁹. Debemos recordar, antes que nada, el papel que los artículos 2.1 y 7 de la LPHE atribuyen a las Administraciones públicas, de garantistas de la conservación del patrimonio histórico y de la promoción de su enriquecimiento. No obstante, como afirma ANTONA DEL VAL, la ampliación del concepto de patrimonio arqueológico y el incremento de las intervenciones sobre él, como consecuencia del crecimiento de los núcleos de población y de las infraestructuras de comunicación, hace inviable que la Administración pueda atender económicamente las necesidades de su conservación. Para suplir la falta de recursos públicos se traslada a los particulares la financiación de las actuaciones arqueológicas, que debe ser completada, para que sea asumible, con una serie de medidas compensatorias “de manera que la arqueología no sea un problema, sino que resulte beneficiosa para el particular”⁸⁰.

Sin detenernos en la compensación que pueden esperar los propietarios de inmuebles afectados por cada una de las cargas arqueológicas –ya lo hemos hecho al analizar éstas–, podemos afirmar que una obligación es indemnizable en función de si se encuentra o no comprendida dentro de los límites del contenido del derecho de propiedad, que, como sabemos, son determinados por su función social, conforme al artículo 33 de la Constitución española⁸¹. Esta función social de la propiedad es especialmente acusada en algunas de las situaciones anteriormente analizadas; concretamente, cuando la obligación consiste en la suspensión de la ejecución de las obras al presumirse o constatarse la existencia de bienes arqueológicos en el terreno en que aquellas se están ejecutando, y cuando tenga lugar un hallazgo casual como consecuencia de la obra, durante el tiempo que transcurra hasta el momento en que finaliza el plazo de suspensión inicialmente establecido. Cuando se producen estas situaciones los costes deben ser asumidos por el particular afectado. Tampoco son resarcibles los gastos derivados de una intervención arqueológica privada en un espacio afectado por una declaración formal de valor cultural, más allá de la colaboración en la financiación que preste la Administración cuando así lo prevea la ley.

⁷⁹ Al analizar en el anterior capítulo las diversas cargas arqueológicas que pesan sobre los particulares, nos hemos pronunciado sobre la indemnizabilidad de cada una de ellas.

⁸⁰ ANTONA DEL VAL, V., “La financiación privada en Arqueología”, incluido dentro de QUEROL FERNÁNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ DÍAZ, B., *La gestión...*, ob. cit., pág. 376.

⁸¹ Sobre la diferencia entre delimitaciones indemnizables y no indemnizables, nos remitimos de nuevo a BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *El derecho...*, ob. cit., págs. 23-47.

Fuera de estos casos, existen otros en los que basta la acreditación de un perjuicio que no tenga la obligación de soportar el particular para que –mediante los mecanismos compensatorios que se verán más adelante– pueda obtener el adecuado resarcimiento económico. Así, la jurisprudencia es coincidente al afirmar que un daño sufrido en el patrimonio de un particular como consecuencia de una actuación privada realizada en beneficio de la comunidad, debe ser debidamente reparado⁸². En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia de 29 noviembre de 2007 (Aranz. 2009, 7195), se refiere a la compensación adecuada que debe percibir el obligado “que en definitiva conecta con una elemental exigencia de que lo que constituye un beneficio colectivo no se apoye en el mantenimiento de un injustificado perjuicio para un particular”.

2. Conceptos indemnizables

La imposición por parte de la Administración cultural de obligaciones arqueológicas a los propietarios de los inmuebles produce, con frecuencia para éstos, diversos perjuicios que –al margen de los supuestos antes señalados, en los que debe asumirse– deben ser compensados. Todos ellos, directa o indirectamente, suponen un importante quebranto económico para el que los padece, que tiene diversas manifestaciones en función de la naturaleza de la obligación. Así, no sufre igual perjuicio el particular cuyo terreno es ocupado por la Administración con la finalidad de ejecutar una intervención arqueológica, que si es él mismo quien corre con los gastos de la actuación. También difiere, para el promotor privado, el daño derivado de una suspensión de una obra, que el que tiene lugar como consecuencia del control y seguimiento arqueológico que debe acompañar a la obra reanudada.

El perjuicio causado al particular se puede mostrar como un daño efectivo en su patrimonio o como un beneficio dejado de percibir, con lo que podemos enmarcar los conceptos indemnizables dentro de la categoría de daño emergente o la de lucro cesante. Para cuantificar unos y otros deberán ponderarse las valoraciones predominantes en el mercado –como dispone el artículo 141.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, al referirse a la indemnización derivada de responsabilidad administrativa patrimonial– y justificarse mediante prueba documental (por ejemplo, con facturas) o pericial.

⁸² En apoyo de esta idea deben citarse las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de abril de 2002 (Aranz. 2002, 184389), de 24 abril de 2002 (Aranz. 2002, 184924), de 9 diciembre de 2004 (Aranz. 2005, 197434), de 2 febrero de 2005 (Aranz. 2005, 193503) y de 16 enero de 2008 (Aranz. 2008, 356754).

A. Daño emergente

El daño emergente que sufre el particular afectado por las cargas arqueológicas procede en numerosas ocasiones de los elevados gastos que exige su cumplimiento, lo que con frecuencia puede comprometer la rentabilidad de una determinada inversión. Entre algunos de los gastos de este tipo podemos destacar los siguientes:

- El coste de las memorias, proyectos e informes que requieren las intervenciones, estudios previos, controles arqueológicos, etc. ordenados por la Administración cultural. Estos documentos no necesariamente tienen que ser arqueológicos; también los proyectos edificatorios pueden verse afectados por decisiones administrativas que requieren la adopción de soluciones arquitectónicas que den respuesta a las exigencias arqueológicas.
- El coste que supone la ejecución de las actividades arqueológicas.
- El coste de los trabajos complementarios y auxiliares, tales como iluminación, fontanería, topografía, etc., así como del suministro de material, alquiler de herramientas, etc.
- Los salarios satisfechos a los trabajadores durante la paralización de una obra.

En muchos casos los gastos pueden originarse como consecuencia de obligaciones impuestas de forma sucesiva por la Administración, de suerte que, por ejemplo, a una prospección arqueológica puede suceder una excavación, y a ésta una actuación de puesta en valor de los yacimientos que salen a la luz. Tales actuaciones, a su vez, pueden generar además nuevos gastos no estrictamente arqueológicos.

En cualquier caso, según cual sea el supuesto determinante de la compensación ante el que nos encontremos –ya se trate de una obra en un terreno afectado por una declaración formal de valor cultural o en otro desprovisto de tal condición– el particular podrá reclamar únicamente el importe de los gastos por actividades estrictamente arqueológicas o también las auxiliares⁸³, el coste del proyecto y de la ejecución de la intervención o sólo el de ésta⁸⁴, etc.

⁸³ Pese a que, del examen combinado de los artículos 46 de la LPHE y 63 de la Ley gallega 8/1995 –referido este último a intervenciones arqueológicas que afecten a conjuntos históricos, zonas arqueológicas o yacimientos catalogados o inventariados–, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de abril de 2002 (Aranz. 2002, 184389) sienta la doctrina, reiterada por las sentencias del mismo tribunal de 29 de noviembre de 2007 (Aranz 2009, 7195) y de 4 de junio de 2009 (Aranz 2009, 290028), entre otras, de que la compensación “debe cubrir los gastos realmente generados por la actividad arqueológica estrictamente entendida”.

⁸⁴ En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de septiembre de 2009 (Aranz. 2009, 453219), en el supuesto de intervenciones arqueológicas que afecten a conjuntos his-

B. Lucro cesante

Además de los perjuicios derivados del daño directo en el patrimonio del particular, también se pueden producir, como consecuencia de las cargas arqueológicas impuestas, otros que constituirían diversas manifestaciones de lucro cesante, o lo que es lo mismo, de ganancias dejadas de percibir. Se requiere en todos estos casos, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la producción de perjuicios ciertos o de previsible y fundada realización en el futuro para que sea exigible a la Administración la debida compensación económica⁸⁵.

Este tipo de perjuicios indemnizables, que ocasionan las diversas obligaciones arqueológicas impuestas a los particulares, son muy variados⁸⁶. Así, constituye una manifestación de lucro cesante los ingresos dejados de obtener durante el tiempo que persiste la suspensión de una obra; o la pérdida de valor de un inmueble como consecuencia de la disminución del aprovechamiento autorizado por el planeamiento, por la reducción de la superficie edificable que habrá de destinarse a una actuación de puesta en valor de los restos arqueológicos descubiertos durante la ejecución de una obra; o la devaluación de un solar en el que, tras las prospecciones o sondeos realizados por imposición de la Administración cultural, resulten inevitables futuras intervenciones arqueológicas.

El beneficio dejado de obtener no puede ser una mera expectativa, ni lo que algún autor califica como “sueños de ganancia”, sino un más que previsible ren-

tóricos, zonas arqueológicas o yacimientos catalogados o inventariados, señala que la obligación de la Administración de colaborar en la financiación de la ejecución del proyecto arqueológico, se refiere exclusivamente al coste de su ejecución, no de su confección.

⁸⁵ En ese sentido, la sentencia de 2 de enero de 1990 (Aranz. 1990, 147) establece lo siguiente: “[...] es indispensable que, entre otros requisitos, el daño que se invoque, además de ser evaluable económicamente, sea real y efectivo, por más que esta realidad o efectividad no sólo hayan de tenerse por cumplidas cuando se trata de consecuencias lesivas pretéritas o actuales, sino también de futuro acacimiento, pero, por supuesto, siempre que, por su carácter fatal derivado de esa anterioridad o actualidad, sean de producción indudable y necesaria, por la anticipada certeza de su acacimiento en el tiempo, y no, por el contrario, cuando se trata de aconteceres autónomos con simple posibilidad, que no certeza, de su posterior producción, dado su carácter contingente y aleatorio, que es lo que sucede generalmente con las simples expectativas [...]”. En esa misma línea, la STS de 18 de marzo de 2000 (Aranz. 2000, 3077) considera doctrina jurisprudencial consolidada “la que declara que las expectativas, desprovistas de certidumbre, non son indemnizables”.

⁸⁶ A modo de ejemplo podemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 17 de mayo de 2006 (Aranz. 2007, 42716), que reconoce a un particular el derecho a obtener una indemnización en concepto de lucro cesante, dado que, en el curso de las obras que estaba ejecutando en un terreno, descubrió unos restos óseos y un cementerio, lo que, tras ser comunicado a la Administración, dio lugar a un requerimiento de excavación arqueológica y a la paralización de las obras durante 19 meses.

dimiento económico frustrado como consecuencia de la carga arqueológica imputada. Pero para que sea viable la compensación del beneficio malogrado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo requiere la prueba rigurosa, y no dudosa ni contingente, del perjuicio sufrido⁸⁷. Podemos afirmar, pues, siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, que estos beneficios o ganancias dejadas de obtener han de ser debidamente valorados mediante la estimación hipotética de lo que en condiciones normales debería haber ocurrido, siendo el criterio utilizado el juicio de responsabilidad o verosimilitud, en aplicación de la norma general del artículo 1106 del Código Civil⁸⁸.

3. Mecanismos de compensación

Los particulares que han sufrido algún perjuicio a consecuencia de las cargas arqueológicas que están obligados a soportar, tienen a su alcance dos medios esenciales para hacer efectiva su legítima compensación: la vía de la indemnización expropiatoria y la reclamación de responsabilidad administrativa patrimonial. Así lo consagra el reiteradamente citado artículo 43 de la LPHE, que remite a la legislación vigente de expropiación forzosa para determinar la correspondiente indemnización. Ambos cauces legales no aparecen claramente delimitados en la legislación autonómica sobre patrimonio cultural, pero, no obstante, podemos diferenciar la indemnización prevista en la LEF para resarcir al particular por la ocupación de un terreno de su propiedad —o en algún caso por la propia expropiación de dicho terreno— y la responsabilidad patrimonial exigible a la Administración que, siguiendo a BERMÚDEZ SÁNCHEZ, tendría lugar cuando se produzca un sacrificio singular⁸⁹.

Con todo, estos dos mecanismos de reparación de los perjuicios causados al patrimonio de los particulares no son los únicos. También la colaboración de la Administración, por medio de ayudas y subvenciones, en la financiación de las actuaciones arqueológicas, la compensación urbanística de expectativas de aprovechamiento frustradas y el premio en metálico al que da derecho el hallazgo casual de restos y objetos arqueológicos, son medios igualmente efectivos que tiene a su disposición el sujeto afectado por las cargas que gravan su propiedad.

⁸⁷ Así lo declara la STS de 19 de diciembre de 1996 (Aranz. 1996, 9237), citando jurisprudencia reiterada.

⁸⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 3ª ed., Civitas, 2004, pág. 276.

⁸⁹ BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *El derecho...*, ob. cit., págs. 27-28.

La naturaleza de las obligaciones arqueológicas impuestas y de los perjuicios producidos va a determinar, en fin, la elección de los mecanismos más idóneos para satisfacer las pretensiones indemnizatorias de los particulares.

A. Expropiación forzosa

El artículo 43 de la LPHE y la mayoría de las disposiciones autonómicas reguladoras de las intervenciones arqueológicas en los terrenos en donde se constata o presume la existencia de restos arqueológicos, remiten a la legislación vigente sobre expropiación forzosa para determinar la indemnización por los perjuicios que aquellas provocan. Cuando la intervención en cuestión corre a cargo de la Administración, la remisión a la LEF va dirigida a sus disposiciones de carácter propiamente expropiatorio, especialmente las reguladoras de la ocupación temporal⁹⁰, a pesar de que la legislación reguladora del patrimonio cultural, con la excepción de la ley vasca⁹¹, no alude a la regulación legal de esta concreta forma de privación temporal de la posesión⁹². En cualquier caso, tal como señala ESCUIN PALOP, la ocupación temporal tiene una incuestionable naturaleza expropiatoria, ya que “determina una expropiación provisional de la posesión de un bien inmueble, lo que la diferencia claramente, de los procedimientos especiales, que son expropiaciones definitivas y totales”⁹³.

Como sabemos, la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 incluye dentro de los procedimientos especiales un capítulo referido al régimen expropiatorio de los bienes de valor artístico, histórico y arqueológico, cuyo artículo 83, a su vez, remite al relativo a las ocupaciones temporales⁹⁴ para de-

⁹⁰ Al margen del régimen previsto en la LEF para las ocupaciones temporales, también es posible, según el artículo 37.3 de la LPHE, la expropiación de los bienes afectados por una declaración formal de valor cultural –como puede ser un yacimiento arqueológico declarado–, cuando se encuentren en peligro de destrucción o deterioro, o se les dé un uso incompatible con sus valores.

⁹¹ En este sentido el artículo 50.1 de la Ley vasca 7/1990 establece lo siguiente: “Las Diputaciones Forales podrán ejecutar directamente cualquier intervención arqueológica en cualquier lugar en que se conozca o presuma la existencia de restos de interés arqueológico o paleontológico, actuando a tal efecto de conformidad con el principio de celeridad y procurando causar el menor daño posible. La indemnización de estas actuaciones, en el caso de que supongan daños económicamente evaluables, se realizará conforme a lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa para las ocupaciones temporales.”

⁹² El Tribunal Supremo en sus sentencias de 1 de febrero de 1997 (Aranz. 1997, 740) y de 7 febrero 2005 (Aranz. 2005, 1755) considera de aplicación las disposiciones sobre ocupación temporal de terrenos en los casos en que la Administración cultural ejecute intervenciones arqueológicas sobre ellos.

⁹³ ESCUIN PALOP, V., *Comentarios...*, ob. cit., págs. 895-896.

⁹⁴ En realidad este precepto establece que esa determinación se verificará con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de este Título. No obstante, la alusión a este capítulo referido al procedimiento expro-

terminar la indemnización que proceda abonar. Se aplicaría, pues, el régimen indemnizatorio previsto en los artículos 108 y siguientes de la LEF, en todo aquello que fuera compatible con la especial naturaleza del bien ocupado⁹⁵.

Por lo que se refiere a la Administración expropiante, podemos afirmar, siguiendo a BERMÚDEZ SÁNCHEZ, que la atribución de la potestad expropiatoria corresponde al poder público que ejerza las competencias sectoriales, a saber, la Administración cultural, ya sea autonómica, estatal o de otro ámbito. Las corporaciones locales, en el ejercicio de sus funciones de cooperación con aquella Administración, también pueden ser sujetos expropiantes, en el ejercicio de su libre iniciativa⁹⁶.

El capítulo de la LEF que se ocupa de las ocupaciones temporales prevé dos posibles medios de determinación previa de la indemnización, contemplados respectivamente en los artículos 112 y 113: el convenio entre el propietario y la Administración o el sujeto autorizado para la ocupación, y, si no es posible el acuerdo, la decisión ejecutoria del Jurado Provincial de Expropiación. El artículo 114 establece un sistema de indemnización a cantidad alzada que tiene lugar con posterioridad a la ocupación. Se recurre a este sistema cuando no se puede concretar de antemano la importancia y duración de la ocupación, y así lo acepten ambas partes o lo reconozca el Jurado Provincial de Expropiación.

La tasación en los casos de ocupación temporal, deberá comprender, según el artículo 115 de la LEF, tanto el daño emergente, constituido por los perjuicios causados en el inmueble o los gastos de restitución a su primitivo estado, como el lucro cesante referido a la apreciación de los rendimientos que el propietario hubiera dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación⁹⁷.

B. Reclamación de responsabilidad patrimonial

Como hemos indicado anteriormente, el artículo 43 de la LPHE y la legislación autonómica en materia de patrimonio cultural invocan la legislación de ex-

propiatorio especial en materia de propiedad industrial, ya derogado, sólo puede entenderse como un error del legislador, no rectificado con posterioridad.

⁹⁵ Para profundizar en el estudio del régimen jurídico de las ocupaciones temporales podemos acudir a ESCUIN PALOP, V., *Comentarios...*, ob. cit., págs. 895-926, y a PERA VERDAGUER, F., *Expropiación forzosa*, 4ª ed., Bosch, 1992, págs. 619-651.

⁹⁶ BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *El derecho...*, ob. cit., págs. 166-169.

⁹⁷ Sobre los daños emergentes y el lucro cesante, derivados de las obligaciones arqueológicas, me remito a lo manifestado en el apartado 2 de este mismo capítulo.

propiación forzosa para determinar la indemnización que corresponda por los perjuicios derivados de la imposición de cargas arqueológicas a los propietarios de terrenos privados. La remisión a la LEF no se limita a sus disposiciones de carácter estrictamente expropiatorio, sino también a las reguladoras de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Sin embargo, este último régimen indemnizatorio lo encontramos hoy en la Ley 30/1992, que viene a regular con más detalle lo previsto en los artículos 121 y 122 de la LEF⁹⁸.

Este derecho constitucionalmente reconocido⁹⁹ ha sido desarrollado legalmente por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992¹⁰⁰, y requiere para su reconocimiento la concurrencia de los siguientes requisitos: la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que el daño sea antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufra no tenga el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley; una relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, de tal suerte que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa; ausencia de fuerza mayor, y que la reclamación se efectúe en el plazo de un año desde que se produce el hecho o el acto que motiva la indemnización o se manifieste su efecto lesivo.

Además de ser efectivos, los perjuicios producidos habrán de ser evaluados económicamente, tal como dispone el artículo 139.2 da la Ley 30/1992. Así, en el caso de los daños emergentes se deben describir y acreditar mediante facturas u otro medio similar los costes ocasionados por las actuaciones arqueológicas u otros gastos que tienen su origen en lo ordenado por la Administración. Por su parte, la valoración de los beneficios o ganancias dejadas de obtener presenta más problemas, dada su intangibilidad. Por ello, la prueba pericial practicada en el curso del procedimiento resulta especialmente idónea para evaluar el perjuicio causado.

⁹⁸ Entre las obras generales sobre el régimen jurídico de la responsabilidad administrativa patrimonial destacamos las siguientes: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad...*, ob. cit., PULIDO QUECEDO, M., *Responsabilidad patrimonial del Estado*, 2ª ed., Aranzadi, 2010 y MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, 2ª ed., Edisofer, 2012.

⁹⁹ El marco normativo de la responsabilidad administrativa patrimonial lo encabeza el artículo 106.2 de la Constitución española, que reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público.

¹⁰⁰ A su vez desarrollados por el Real decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Es menester, también, el cumplimiento de la condición prevista en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, que requiere, para que sea indemnizable la lesión en el patrimonio del particular, que hubiera sido ocasionada como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. De esta forma, la imposición de las obligaciones arqueológicas al particular propietario de un inmueble debe tener su origen en una decisión administrativa en virtud de la cual la Administración cultural preste directa o indirectamente un servicio público. Tiene dicho servicio público como finalidad la defensa del patrimonio cultural, y más específicamente, la protección y puesta en valor del patrimonio arqueológico¹⁰¹.

En cualquier caso, la noción de servicio público, determinante de responsabilidad administrativa patrimonial, no debe entenderse en sentido estricto, de forma que se excluya la actuación del promotor privado que cumple una obligación arqueológica impuesta por la Administración cultural, como se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1993 (Aranz. 1993, 422), a cuyo tenor:

¹⁰¹ En este sentido, traemos a colación una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la que se establece esa relación de causalidad entre las lesiones producidas y el funcionamiento de los servicios públicos, en el que se imponen unas obligaciones de tipo arqueológico a un promotor privado, objeto de la debida compensación. Dice así la sentencia de ese tribunal de 19 septiembre 2002 (Aranz. 2003, 7972): “Efectivamente incumbe a la Consejería de Cultura a través de la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico el deber de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico conforme a la Ley de Patrimonio Histórico 6/1985 y la Andaluza 1/1991 [...], por ello les corresponde la emisión de informes vinculantes, el condicionamiento de las licencias y actuaciones de demolición y edificación, etc. para evitar la pérdida o destrucción irreparable de dicho patrimonio. Por tanto su actuación en el expediente de referencia responde a un necesario funcionamiento de los servicios públicos para el logro del fin que tiene encomendado, y las cargas impuestas al propietario pueden encontrar cabida en las limitaciones del derecho de propiedad por la función social que comporta la protección del Patrimonio.” Añade la citada sentencia lo siguiente: “Ahora bien este sacrificio «necesario» impuesto a los bienes y derechos del reclamante, no ha de convertirse en un arbitrario y auténtico despojo sin contraprestación alguna para el propietario, por lo que se justifica el derecho de éste a la correspondiente indemnización, no sólo porque así se infiere de la normativa sobre Expropiación Forzosa y artículo 139 de la Ley 30/1992 [...] de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, sino porque principalmente lo exige el artículo 33.3 de la Constitución Española [...] y el artículo 43 de la Ley de Patrimonio Histórico. Es decir el funcionamiento de los servicios públicos culturales que responden a un interés de esta última naturaleza produjo una lesión en los derechos y bienes de carácter particular de la entidad actora no sólo por privarla de 102 m² de su proyecto inicial de 15 viviendas y 32 garajes, sino por la paralización de su actividad durante tres años lo que ocasionó sin duda un daño singular, efectivo, susceptible de evaluación económica e individualizado.”

“[...] para que exista responsabilidad administrativa por las lesiones sufridas no es necesario que se trate de la existencia de un servicio público entendido en sentido estricto como una prestación ofrecida al público de forma regular y continuada, bastando que se trate de una actividad pública, con lo que viene a acogerse la acepción más general del concepto de servicio público.”¹⁰²

Por otra parte, la consideración que hace del patrimonio arqueológico la legislación en materia de patrimonio cultural como bien de dominio público, refuerza la idea de que estamos ante una forma de acción administrativa prestadora de servicios públicos, en virtud de la cual se exige a los propietarios de inmuebles el cumplimiento de obligaciones arqueológicas.

El artículo 142.5 de la Ley 30/1992 requiere además, para que sea admisible la reclamación de responsabilidad patrimonial, que ésta se efectúe en el plazo de un año desde que se produce el hecho o el acto que motiva la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. Pues bien, el momento inicial del cómputo de ese plazo es aquel en el que el perjudicado conoce el alcance total de los daños y puede ejercitar la acción¹⁰³. Es en ese momento cuando se conoce en su totalidad el efecto lesivo derivado del cumplimiento de la obligación arqueológica. No obstante, tal como apunta GONZÁLEZ PÉREZ, nada impide que, a causa de daños derivados de una actuación administrativa continuada, como unas excavaciones arqueológicas, no pueda plantearse la reclamación a partir del momento en que se produjo la primera manifestación del efecto lesivo¹⁰⁴.

¹⁰² Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1997 (Aranz. 1997, 7437), recogiendo la predominante doctrina jurisprudencial en la materia, establece lo siguiente: “[...] la expresión «servicio público» debe entenderse de acuerdo con asentados criterios jurisprudenciales como sinónimo de «actividad administrativa» [...], de «giro o tráfico administrativo» [...], de «hacer y actuar de la Administración» [...]”

¹⁰³ Así lo entiende GONZÁLEZ PÉREZ, a la vista de las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1989 (Aranz. 1989, 1101), de 8 de junio de 1989 (Aranz. 1989, 4638) y de 7 de febrero de 1997 (Aranz. 1997, 892), entre otras (*Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 527).

¹⁰⁴ En apoyo de esta afirmación cita este autor la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1995 (Aranz. 1995, 4780), a cuyo tenor, el hecho de que la determinación del *dies a quo* se corresponda con la consumación del daño continuado “no puede tener como consecuencia, es evidente, que tal reclamación no pueda efectuarse hasta dicho momento, pues ello conllevaría que el perjudicado debiese soportar estoicamente los daños que de manera continuada se le vienen produciendo sin solicitar su justa compensación al causante de los mismos, nada obsta, por tanto, a que en un momento determinado se reclamen los daños y perjuicios hasta ese instante producidos, mediante la correspondiente evaluación, sin que ello comporte, salvo manifestación expresa en contrario, la renuncia a reclamar los que se originen en lo sucesivo” (*Ibidem*, pág. 528).

A la vista de lo dispuesto en la normativa reguladora del patrimonio cultural, estatal y autonómica, podemos señalar como cargas indemnizables a través de este mecanismo las ampliaciones de los plazos iniciales de suspensión de las obras que se estuvieran ejecutando en inmuebles donde sobrevenga un hallazgo casual, cuando así se reconoce explícitamente¹⁰⁵, pero también aquellas otras que, aún careciendo de esa previsión expresa, reúnan las condiciones antes indicadas, que determinan la exigencia de responsabilidad administrativa patrimonial (efectividad, evaluabilidad económica, antijuricidad, etc.).

C. Ayudas y subvenciones

Otra forma de compensación de ciertas obligaciones impuestas a los particulares propietarios de inmuebles tiene lugar a través de ayudas y subvenciones. La ley acude a estos mecanismos, principalmente, en aquellos casos en que impone al particular la obligación de realizar él mismo una intervención arqueológica en el terreno de su propiedad¹⁰⁶.

Las intervenciones arqueológicas de los sujetos privados, ya sea prospecciones, sondeos, excavaciones, etc., que realicen los promotores de obras en terrenos afectados por una declaración formal de valor cultural, encuentran en estos medios de fomento el cauce adecuado de financiación. Así lo establecen la mayoría de las leyes autonómicas reguladoras del patrimonio cultural. En los supuestos de conocimiento, constatación o presunción de restos arqueológicos en inmuebles desprovistos de aquella declaración formal, la solución adoptada por las diversas leyes autonómicas es más diversa: algunas de ellas optan específicamente por la vía de fomento que nos ocupa; otras, o bien evitan referirse expresamente a cualquier forma de compensación, o remiten a la LEF para la obtención de la debida indemnización. En el tercero de los supuestos determinantes de compensación que se prevé en la práctica totalidad de las normas autonómicas reguladoras del patrimonio cultural –el hallazgo casual de restos arqueológicos en los inmuebles en obras–, no se contempla este mecanismo como forma de resarcimiento económico¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Este reconocimiento aparece contenido en los artículos 84.3 de la Ley cántabra 11/1998, 52.3 de la Ley catalana 9/1993, 48.2 de la Ley vasca 7/1990 y 63.2 de la Ley valenciana 4/1998.

¹⁰⁶ La Ley cántabra 11/1998, en su artículo 83.2, también prevé esta forma de compensación para costear los gastos que le ocasione a un particular el seguimiento arqueológico de cualquier proceso de obras que afecte o pueda afectar a un espacio en donde se presuma la existencia de restos arqueológicos.

¹⁰⁷ La Ley valenciana 4/1998 es la excepción, al admitir su artículo 63.3 este sistema de participación pública en la financiación de las intervenciones arqueológicas impuestas a los promotores de reformas, demoliciones, transformaciones o excavaciones en inmuebles no comprendidos en zonas o áreas de protección arqueológicas suspendidas, como consecuencia de la aparición de restos arqueológicos o indicios de su existencia.

No obstante, la alusión a este medio de compensación en la legislación autonómica es desigual, por cuanto algunas normas se refieren a una vaga colaboración o participación de la Administración en la financiación de las intervenciones, mientras que otras aluden explícitamente a las ayudas o subvenciones como medio de colaboración pública. En cualquier caso, sea cual fuere la fórmula legal utilizada, nos encontramos ante un medio de financiación propio de la actividad administrativa de fomento. Para disipar posibles dudas acerca de la naturaleza de la inconcreta colaboración de la Administración en la financiación de la intervención arqueológica privada, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia interpreta este medio de compensación como una verdadera subvención o ayuda, sin que pueda llevarnos a albergar ningún tipo de duda la circunstancia de que dicha intervención constituya una actividad obligada, como requisito previo para la realización de cualquier tipo de obra¹⁰⁸ en inmuebles afectados por una declaración formal de valor cultural.

Aún en los casos en los que no hay una mención expresa a las ayudas o subvenciones como formas de compensación de las intervenciones arqueológicas a las que están obligados los particulares en espacios declarados, la sola alusión legal a la colaboración o participación pública en su financiación excluye la procedencia de la reclamación de responsabilidad patrimonial. Ello es así, dada la inexistencia de una lesión antijurídica que deba ser resarcida, debido a la especial carga que se deriva de la singular condición del inmueble afectado¹⁰⁹.

D. Compensación urbanística

El cumplimiento por parte de los particulares de obligaciones arqueológicas compensables, no necesariamente tiene que ser resarcido económicamente por la Administración ordenante. Existen también instrumentos urbanísticos de compensación que evitan el desembolso de importantes sumas a cuenta de las arcas públicas. En este sentido, los planes de ordenación urbanística permiten subsanar la merma de superficie aprovechable, a través de una compensación

¹⁰⁸ Así consideran las sentencias de 12 de febrero de 2009 (Aranz. 2009, 190382) y de 26 de marzo de 2009 (Aranz. 2009, 233102) la colaboración en la financiación del coste de la ejecución de las intervenciones arqueológicas que la Consellería de Cultura estime necesarias como requisito previo a la realización de obras que afecten a conjuntos históricos, zonas arqueológicas o yacimientos catalogados o inventariados, aunque no se aluda en la ley a las ayudas o subvenciones como medios específicos para dicha colaboración.

¹⁰⁹ En este sentido lo declara la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 29 de junio de 2010 (Aranz. 2010, 776), cuando la Administración cultural colabore en la financiación del coste de la ejecución de las intervenciones en terrenos o edificaciones que se encuentren en espacios de interés arqueológico o paleontológico.

en altura o mediante el incremento de edificabilidad en una parcela, lo que supone un estímulo para la actuación arqueológica y la conservación de este patrimonio¹¹⁰. Estamos, no obstante, ante un mecanismo previsto en la legislación urbanística —igualmente idónea para imponer obligaciones de conservación sobre inmuebles en atención a su carácter histórico—, que goza de autonomía respecto del ordenamiento protector del patrimonio cultural.

El derecho urbanístico prevé, pues, diversos mecanismos para resarcir al propietario afectado por las cargas arqueológicas que se le impongan. Así, permite compensar, por ejemplo, mediante el aumento del aprovechamiento destinado a pisos, la pérdida del que pretendía destinarse a plazas de garaje, trasteros, etc., necesaria para cumplir con la obligación de conservar *in situ* en el sótano de un inmueble los yacimientos arqueológicos encontrados, u otra similar. Pero si el aprovechamiento no es materializable, el derecho urbanístico prevé otras soluciones, tales como el reparto de las cargas, la compensación en otras unidades de ejecución, etc. Sólo en último caso se acudiría al mecanismo de las vinculaciones y limitaciones singulares, que, conforme al artículo 35 de la Ley del suelo de 2008¹¹¹, operará cuando la obligación arqueológica exceda “de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa”¹¹². En este supuesto el perjudicado tendrá derecho a una indemnización por la lesión en sus bienes y derechos¹¹³.

E. Premio en metálico

Tal como hemos señalado en su momento, el hallazgo casual de bienes arqueológicos conlleva para su descubridor la obligación de comunicarlo a la autoridad, mantener esos bienes en las debidas condiciones y entregarlos a la Administración competente. Estas obligaciones tienen como contraprestación, para el descubridor y para el propietario del inmueble en el que se localiza el objeto hallado, un premio en metálico, según establece la LPHE en su artículo 44, y las leyes autonómicas reguladoras de la materia.

¹¹⁰ De esa manera entiende la compensación urbanística de las cargas arqueológicas ANTONA DEL VAL (“La financiación...”, *ob. cit.*, pág. 376).

¹¹¹ Texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio.

¹¹² Sobre este mecanismo de compensación traemos a colación los estudios de dos autores que se han ocupado de la cuestión desde ópticas distintas: BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, Iustel, 2006 (págs. 313-321) y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*, 6ª ed., t. II, Civitas, 1993 (págs. 1639-1645).

¹¹³ No debe confundirse este régimen indemnizatorio con el anteriormente analizado en este mismo capítulo, de responsabilidad administrativa patrimonial.

La cuantía del premio será de la mitad del valor que en tasación legal se atribuya a los objetos hallados¹¹⁴, que se distribuirá por partes iguales entre el propietario del terreno y el descubridor, manteniéndose la misma proporción si éstos fuesen dos o más. La tasación de los objetos hallados corresponde determinarla a un órgano, que habrá de tener en cuenta su intrínseco valor cultural. Una gran parte de la leyes reguladoras del patrimonio cultural, incluida la LPHE, omiten atribuir esta competencia a un órgano concreto; únicamente la ley cántabra y la gallega asignan esta función a una comisión específica de valoración de bienes culturales¹¹⁵, mientras que la andaluza remite al artículo 80 de la LEF, que establece como cauce para tal determinación el procedimiento especial previsto para los bienes de valor artístico, histórico y arqueológico. Podemos afirmar, pues, que, si no existe en la norma una atribución específica de la competencia para valorar los bienes arqueológicos hallados casualmente, deberemos acudir a la comisión pericial prevista en el artículo 78 de la LEF para que determine la cuantía del premio¹¹⁶.

Sin embargo, no todo hallazgo genera derecho a premio. Sobre la exclusión de este derecho, la legislación protectora del patrimonio cultural no adopta una solución uniforme: algunas leyes descartan la recompensa cuando el descubrimiento es de bienes inmuebles, mientras que otras la excluyen cuando el inmueble se encuentre en un espacio, no necesariamente arqueológico, dotado de algún grado de protección. En cualquier caso, no es merecedor de premio en metálico el hallazgo que sea el resultado de actividades arqueológicas programadas y autorizadas, o ilícitas, y siempre que se incumplan las obligaciones de comunicación y depósito de lo encontrado.

VIII. REFLEXIONES FINALES

La LPHE y las leyes autonómicas reguladoras del patrimonio cultural consagran la metodología arqueológica, susceptible de ser empleada, como el criterio que define la inclusión de los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, descubiertos u ocultos, dentro del concepto de patrimonio arqueológico, con independencia de que tal descubrimiento sea casual o fruto de una actuación pro-

¹¹⁴ En la Ley riojana 7/2004, sin embargo, se establece como premio, según su artículo 61.6, una cantidad que deberá determinarse reglamentariamente.

¹¹⁵ El artículo 85.5 de la Ley cántabra 11/1998 dispone que esa valoración será establecida por la Comisión Técnica de Patrimonio Arqueológico y Paleontológico de la Consejería de Cultura y Deporte, y el artículo 60.1 de la Ley gallega 8/1995 atribuye esa competencia a la Comisión Superior de Valoración de Bienes Culturales de Interés para Galicia.

¹¹⁶ Así lo entiende BERMÚDEZ SANCHEZ (“Mecanismos...”, ob. cit., pág. 128).

gramada. La naturaleza demanial de los bienes arqueológicos, que se limita a los objetos y no al subsuelo donde se encuentren, va a determinar el alcance de las potestades de la Administración sobre dichos bienes, y de las obligaciones que corresponde cumplir a los particulares propietarios de los inmuebles que los contienen.

El contenido de las cargas impuestas a los propietarios de inmuebles que albergan restos arqueológicos y la compensación que pudiera corresponderles por tener que soportarlas, dependen en gran medida del valor cultural que aquellos tengan, de suerte que la declaración oficial de valor cultural, ya sea éste arqueológico o de otra índole, conlleva de suyo un especial gravamen, que es menos intenso en los inmuebles desprovistos de esa condición.

Al mismo tiempo, los diversos supuestos que pueden originar el cumplimiento de obligaciones arqueológicas van a determinar su contenido y la compensación económica que corresponda. Así, la pretensión de un promotor de ejecutar obras e intervenciones en un ámbito afectado por una declaración formal de valor cultural se ve comprometida de antemano por una serie de obligaciones de mayor rigor que las que le corresponde al propietario de un terreno en el que la Administración constate o presuma la existencia de restos arqueológicos, o las que surjan ante la eventualidad de un hallazgo casual.

La ejecución de obras en terrenos que gozan de una declaración formal de valor cultural se encuentra subordinada a la función social que desempeña la propiedad afectada por tal declaración. En consecuencia, la compensación económica de los perjuicios por las obligaciones que tiene que realizar o soportar el propietario del inmueble es limitada, resultando en algunos casos inevitable para el promotor la ejecución de la actuación ordenada y su completa financiación. Sin embargo, esto no excluye la previsión de formas de colaboración administrativa para mitigar el peso de la carga sobre el particular, y de indemnización de los perjuicios causados cuando se den las condiciones determinantes de responsabilidad patrimonial.

Las diversas leyes reguladoras del patrimonio arqueológico contemplan de forma muy diversa las cargas que pesan sobre los propietarios de inmuebles en los que se presume, conoce o constata la existencia de restos arqueológicos, no necesariamente como consecuencia de la realización de algún tipo de obra. En todos estos supuestos se contemplan obligaciones arqueológicas de diversa índole que en algunos casos no se corresponden con una contraprestación económica compensatoria.

En los inmuebles en obras en el que sobreviene un hallazgo casual pesan di-

versas cargas, con grados de compensación igualmente diversos para su promotor: primeramente se impone la obligación de paralizar la obra que se está ejecutando, y los deberes de comunicación a la Administración cultural y de depósito o entrega de lo hallado. También a causa del hallazgo la ley prevé la imposición a los propietarios afectados de las obligaciones adicionales que la Administración crea necesarias para la preservación de lo encontrado, como la de realizar o soportar intervenciones arqueológicas, la de adoptar medidas de protección de los objetos hallados durante la suspensión de la obra, el control o seguimiento arqueológico de ésta, etc.

La indemnizabilidad de las obligaciones de naturaleza arqueológica viene condicionada por el posicionamiento de éstas a un lado u otro de los límites del contenido del derecho de propiedad, conforme a su función social. Esta función social de la propiedad es más acusada en algunos supuestos determinantes de la obligación que en otros, y ello determina que no sean resarcibles los perjuicios derivados de algunas de las obligaciones impuestas, principalmente las que afectan a inmuebles ubicados en el ámbito de un espacio cultural dotado de la máxima protección; mientras que otros perjuicios, que no haya la obligación de soportar por encontrarse fuera de aquellos límites del derecho de propiedad, admiten el resarcimiento económico.

El perjuicio sufrido por los particulares puede consistir en un daño patrimonial efectivo o un beneficio dejado de percibir. Respecto al primero de los casos (daño emergente), la jurisprudencia viene reconociendo el derecho a reclamar únicamente el importe de los gastos por la ejecución de las actividades estrictamente arqueológicas; no obstante, de cumplirse las condiciones determinantes de responsabilidad administrativa patrimonial, cabría también exigir la indemnización por el coste de las actividades auxiliares, así como del proyecto y no sólo su ejecución, etc. La viabilidad de la compensación de las ganancias no percibidas (lucro cesante) requiere la prueba rigurosa y fundamentada de éstas, lo que con frecuencia resulta difícil.

Cuando la LPHE y las leyes autonómicas reguladoras del patrimonio cultural remiten a la legislación de expropiación forzosa para determinar la indemnización que proceda satisfacer por el cumplimiento de las cargas arqueológicas, están invocando el régimen indemnizatorio por ocupación temporal previsto en los artículos 108 y siguientes de la LEF. El cauce legal contenido en esos preceptos permite resarcir los perjuicios derivados de la obligación del particular, de consentir la ocupación del inmueble de su propiedad en el que la Administración realiza directamente la actuación, durante el tiempo en que ésta se desarrolla.

La alusión legal a la LEF admite además la posibilidad de utilizar el meca-

nismo de la reclamación de responsabilidad administrativa patrimonial contenido en la Ley 30/1992, y no excluye los demás medios de compensación, previstos o no en la legislación reguladora del patrimonio cultural: subvenciones, compensaciones urbanísticas, premio en metálico, etc.

La conclusión final que podemos extraer de todo lo analizado es que la legislación en materia de patrimonio cultural –estatal o autonómica– carece de una regulación bien sistematizada que permita determinar con claridad qué obligaciones arqueológicas corresponde cumplir al particular en función del supuesto determinante, concretando al máximo su contenido; además, debería ordenar con mayor precisión la compensación que se debe satisfacer por los perjuicios causados y los mecanismos para hacerla efectiva, en su caso mediante remisiones precisas a otras normas del ordenamiento jurídico. Pero, sobre todo, se echa en falta una ordenación cohesionada que dé adecuada respuesta al principio contenido en el artículo 139.1 de la Constitución española, que consagra la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado.

No cabe esperar que las distintas comunidades autónomas se pongan de acuerdo para articular una ordenación coordinada y sistemática que establezca, para supuestos equivalentes, las diversas cargas arqueológicas impuestas sobre la propiedad privada inmueble; ni es previsible que desde el ámbito autonómico se aúnen voluntades tendientes a implantar un régimen compensatorio común. Sin embargo, sí podría el Estado garantizar unas condiciones mínimas que permitan clarificar en qué medida deben asumir los particulares las obligaciones arqueológicas, y cuáles son los conceptos indemnizables y los mecanismos para hacer efectiva la compensación. Legitimación constitucional para abordar tal tarea existe: la proporciona el artículo 149.1.18^a de la Constitución española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación en materia de expropiación forzosa y sobre el régimen básico de la responsabilidad de las Administraciones públicas. En este sentido, una ley de expropiación forzosa como la vigente, teniendo como tiene un procedimiento expropiatorio que afecta a los bienes de valor artístico, histórico y arqueológico, debería ir más allá de una sucinta remisión al capítulo regulador de las ocupaciones temporales de terrenos privados, cuando éstas tengan lugar con objeto de excavaciones arqueológicas; debería contener un régimen indemnizatorio específico que contemple los diversos supuestos determinantes de las obligaciones arqueológicas que se imponen a los particulares. Y debe el Estado hacer el mismo esfuerzo para hacer realidad esta aspiración integradora en materia de responsabilidad administrativa patrimonial y en aquellas otras que tenga constitucionalmente atribuidas. Conseguiríamos de esta manera aportar seguridad jurídica y cierta uniformidad a una regulación necesitada de tales valores.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE ÁVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, t. I, Ministerio de Cultura, 1994.

— *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, t. II, Ministerio de Cultura, 1994.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., *Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Civitas, 1989.

ANTONA DEL VAL, V., “La financiación privada en Arqueología”, incluido dentro de QUEROL FERNÁNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ DÍAZ, B., *La gestión del Patrimonio Arqueológico en España*, Alianza Editorial, 1996.

BARCELONA LLOP, J., “El dominio público arqueológico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000.

— “El patrimonio arqueológico en la legislación reguladora del Patrimonio Cultural de Cantabria”, *Altamira: Revista del Centro de Estudios Montañeses*, núm. 68, 2005.

BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, 1990.

— *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, Iustel, 2006.

BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica*, Editorial Montecorvo, 2003.

— “Intervenciones arqueológicas en actuaciones urbanísticas: supuestos difíciles”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 247, enero-febrero, 2009.

— “Mecanismos de protección y financiación en la arqueología urbana”, *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996.

ESCUIN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de expropiación forzosa*, 3ª ed., Aranzadi, 2008.

GALLEGO ANABITARTE, A., “Arqueología y Derecho. Hallazgos, jurisprudencia, legislación, carta arqueológica y planeamiento”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 200, marzo, 2003.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J., “La protección del patrimonio arqueológico. Especial referencia a los artículos 40.2, 41 y 42 de la Ley del Patrimonio Histórico Español”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 6, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*, 6ª ed., t. II, Civitas, 1993.

— *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, 3ª ed., Civitas, 2004.

MÁRQUEZ ROSALES, H. y AMORES CARREDANO, F., “La perversión en las técnicas jurídicas de protección del Patrimonio arqueológico”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 5, 2001.

MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, 2ª ed., Edisofer, 2012.

MOREU BALLONGA, J. L., “Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 132, 1993.

OLLERS VIVES, P., “La indemnización por excavaciones arqueológicas. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 29 de junio de 2010”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 15, 2011.

PERA VERDAGUER, F., *Expropiación forzosa*, 4ª ed., Bosch, 1992.

PULIDO QUECEDO, M., *Responsabilidad patrimonial del Estado*, 2ª ed., Aranzadi, 2010.

QUEROL FERNÁNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ DÍAZ, B., *La gestión del Patrimonio Arqueológico en España*, Alianza Editorial, 1996.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

El renacimiento de la desviación de poder

Alfonso Pérez Moreno

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO. INTRODUCCION. I.- ANTECEDENTES. Un caso interesante de nuevo en los Tribunales de Sevilla. II.- LAS LIMITACIONES DEL CONTROL JUDICIAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA DESVIACIÓN DE PODER. 1. La cuestión de la prueba. 2. La insuficiencia de la potestad jurisdiccional. 3. La superación del criterio de la convicción moral del juzgador. 4. Decadencia de la revisión directa de la desviación de poder: su sustitución por otras técnicas (control de los hechos determinantes, principio de proporcionalidad, balance costo beneficio). III.- LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE SEVILLA DICTADA EN UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO POR UNA JUEZA EXCEPCIONAL. 1. Densidad probatoria en el juicio oral. 2. La efectividad de la aplicación del principio inquisitivo. 3. Plenitud de la declaración anulatoria y del resarcimiento de daños y perjuicios. IV.- PROPUESTAS DE REFORMA. 1. Necesidad de dar respuesta procesal a las nuevas circunstancias. 2. Reforzamiento del principio inquisitivo. 3. Reconocimiento de la prejudicialidad contencioso-administrativa (protección ambiental, ordenación del territorio, urbanismo, procedimientos de selección). 4. Incorporación del arbitraje intraprocesal. V.- CONCLUSIÓN. VI.- ANEXO

RESUMEN.-

Se plantea la necesidad de volver a aplicar la normativa sobre el vicio de desviación de poder.

Tomando una Sentencia de la Sala de Sevilla sobre un famoso caso testigo, se estudian las vías de superación de las dificultades que determinaron el declinar de la denuncia de ese vicio. Entre ellas se defiende el incremento de la potestad

judicial inquisitiva, el cambio de la prejudicialidad penal por la administrativa en diversas materias, y la incorporación del arbitraje intraprocesal.

Palabras claves: Desviación de poder. Principio inquisitivo. Prejudicialidad administrativa. Arbitraje intraprocesal

ABSTRACT.-

This paper exposes the need to re-apply the rules on the irregularity of misuse of powers.

Taking into account a court judgement of the Chamber of Sevilla on a famous test-case, we have studied the way to overcome the difficulties that led to the decline of the reporting of this irregularity. Among these, we can quote the increase of the judicial inquisitive powers, the choosing of the criminal jurisdiction preference instead of the administrative one in several subjects, and the incorporation of the intraprocedural arbitration.

Keywords: Misuse of powers. Inquisitive principle. Administrative jurisdiction preference. Intraprocedural arbitration

INTRODUCCIÓN

Los que nos hemos formado en familias de ius administrativistas de Universidades periféricas tenemos más cercana la experiencia del tránsito de ser discípulo a ser maestro, o, si se prefiere, de ser el hijo a ser el padre, e incluso de llegar a ser el abuelo científico de la escuela que se fragua en esas relaciones peculiares que he denominado como “affectio communitatis”. Todos estos roles que los viene desempeñando José Luís Meilán Gil con plenitud renovada y con el arte de la sutileza de espíritu que no se manifiesta en la “potestas” sino en la “auctoritas”. Celebro poder participar en este “liber amicorum” que ni siquiera viene a refrendar un final de un camino sino a constatar que el homenajeadado sigue haciendo camino al andar.

Y para participar en esta fiesta científica he elegido uno de los últimos casos de desviación de poder que he llevado en defensa de un funcionario Arquitecto del Ayuntamiento de Sevilla que fue duramente dañado por la actuación administrativa –hasta necesitar incluso la asistencia de un psiquiatra- y que se ha curado por el efecto de una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5, entonces servido por la joven jueza D^a María Fernanda Mirman Castillo, cuya sentencia ha confirmado en apelación la Sala de lo Contencioso-administrativo de Sevilla.

La riqueza jurídica, y esencialmente humana de este caso me inclina a contárselo al maestro José Luís, y a todos los amigos de España e Hispanoamérica que consulten este libro, así como las propuestas de mejoras legislativas que considero conveniente que se introduzcan en nuestro ordenamiento. Tengo, además, el propósito de evitar el rictus de un trabajo académico procurando alcanzar el tono de una comunicación coloquial. Siempre me viene a la memoria el comentario humorista de mi maestro de Derecho Civil D. Alfonso de Cossío que recomendaba huir de los autores que pensaban “ya que no podemos ser profundos seamos al menos oscuros”, siguiendo a Álvaro D’ors.

I. ANTECEDENTES: UN CASO DE “DESVIACIÓN DE PODER” INTERESANTE DE NUEVO EN LOS TRIBUNALES DE SEVILLA

No quiero privar a los lectores de los textos de las Sentencias del caso (una del Juzgado y otra, en apelación, de la Sala); ambas resoluciones se transcriben, pues, en el Anexo. Aquí anticiparé una síntesis aclaratoria.

Cuando se introdujo en España la jurisprudencia del Conseil D’Etat sobre la “*detournement du pouvoir*”, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de Diciembre de 1956 –luego incorporada también en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958- se presentó un caso del Ayuntamiento de Sevilla que dirigió mi maestro D. Manuel Clavero Arévalo y que resolvió la Sala de lo Contencioso-administrativo (en sentencia de Octubre de 1959).

El recurrente fue un funcionario Oficial Mayor de dicho Ayuntamiento que impugnaba las bases de una convocatoria de la plaza de Secretario General de la Corporación por considerar que eran tan favorables para la selección de un determinado candidato (como se dice con humor, sólo le faltaba el retrato) que incurrían en desviación de poder, ya que se ejercían “las potestades administrativas para fines distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico” (Art. 83.3 de la Ley J.C.A. de 1956 transcrito en el art. 70.2 de la vigente Ley J.C.A. de 1998). La Sala de Sevilla estimó el recurso y aportó el máximo progreso técnico procesal, que produjo gran euforia en los administrativistas: considerar suficiente para apreciar la existencia del vicio de desviación de poder la convicción moral del Tribunal. La “*crux iuris*” de esta causa de anulación, que es la dificultad de la prueba, quedaba así superada con el reforzamiento de la potestad jurisdiccional.

Ese antecedente histórico tan cualificado en la jurisprudencia ha renacido en la nueva sentencia del Juzgado de los Contencioso-administrativo relativa al caso de un funcionario Arquitecto que fue designado libremente en comisión de

servicio como Arquitecto Jefe del Instituto Municipal de Deportes (IMD). Poco tiempo antes se había celebrado en Sevilla la final de la Copa Davis. El concejal delegado del servicio ordenó que la estructura que se utilizó para las instalaciones realizadas para dicho evento deportivo, se utilizaran en la construcción de dos polideportivos de barrio. Al buscar dichas estructuras se comprobó que habían desaparecido, al parecer por robo de su mayor parte. La presión mediática sobre el concejal delegado le llevó a hacer declaraciones en prensa, radio y televisión imputando al Arquitecto Jefe la responsabilidad de no haber cuidado de la custodia de las costosas estructuras. No le bastó al político el daño moral ocasionado al Arquitecto, que no tenía la menor responsabilidad en los pasados hechos, sino que propuso y resolvió el Ayuntamiento el cese del mismo en la Jefatura que desempeñaba en comisión de servicio relegándole a su inferior puesto de trabajo como funcionario. Estos acontecimientos le produjeron unos trastornos psíquicos que necesitaron tratamiento médico especializado.

Pese a las dificultades técnicas procesales del asunto, al tratarse de un nombramiento revocable, pesó más el estado de sufrimiento del interesado y de su familia (mujer y dos hijos menores), y decidimos interponer el recurso contencioso-administrativo por el procedimiento abreviado (art. 78 de la Ley J.C.A.) En el desarrollo de la vista oral la Jueza admitió todos los medios de prueba propuestos (periódicos, grabaciones, videos, gastos sanitarios, etc.) Y la sentencia estimó el recurso declarando la nulidad del cese y el resarcimiento de todos los daños y perjuicios, incluso el daño moral.

El Ayuntamiento condenado interpuso recurso de apelación y la Sala de Sevilla lo desestimó confirmando la sentencia del Juzgado. El Arquitecto recurrente se ha curado.

II. LAS LIMITACIONES DEL CONTROL JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA DESVIACIÓN DE PODER

Poco tiempo duró la euforia inicial inducida por la Sentencia de la Sala de Sevilla de 1959 que admitía la suficiencia de la convicción moral del tribunal aunque no hubiera prueba. La jurisprudencia posterior no fue tan abierta y se circunscribió dentro de los límites procesales de la potestad jurisdiccional de tal manera que la exigencia de prueba, a veces tan difícil como la “probatio diabólica”, hizo decaer la invocación del vicio; la doctrina subrayó el declinar de la desviación de poder y se afanó en buscar otras vías de control. Para analizar la nueva jurisprudencia de Sevilla interesa, aunque sea brevemente, hacer una referencia a la evolución de la decadencia de la desviación de poder.

1. La cuestión de la prueba

Como hemos indicado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de todos conocida no permite que sea suficiente la convicción del juzgador; es necesario al menos un principio de prueba. Muchos casos de desviación de poder no pueden ser probados por los medios tradicionales a los que no tienen fácil acceso los afectados. Si no se admite otra vía de comprobación el vicio quedaría irreprochable. Es evidente que en el fondo de la cuestión están los límites de la potestad jurisdiccional. A diferencia de la jurisdicción penal los tribunales de lo contencioso-administrativo no son indagadores.

2. La insuficiencia de la potestad jurisdiccional

En el orden contencioso-administrativo solo excepcionalmente se admite el principio inquisitivo, es decir, la actuación indagadora del juzgador para profundizar en el conocimiento de los hechos y de los fundamentos de las pretensiones formuladas por las partes en sus escritos y pruebas. El art. 6 de la vigente LJCA ciertamente permite que el órgano jurisdiccional acuerde de oficio la práctica de pruebas durante y después incluso de finalizado el período de prueba, y también el art. 65 de la misma Ley regula la potestad de plantear cuestiones nuevas no suscitadas por las partes. Sin embargo, cada vez es menos frecuente la aplicación de estas potestades a consecuencia de la masificación de los recursos en todos los juzgados y tribunales. Si se desarrollaran en la práctica todas las previsiones legales podría incrementarse la formación inquisitiva. Es de destacar en este sentido la acogida de la misma en los casos de desistimiento (art. 74.4) de allanamiento (art. 75.2), de reconocimiento extrajudicial de las pretensiones del recurrente (art. 76.2) y de la desusada conciliación (art. 77.3).

3. La separación del criterio de la “convicción moral del juzgador”

En consecuencia, esa avanzada doctrina jurisprudencial en el debut de la “desviación de poder” quedó superada. En realidad podía derivar en todos los excesos del subjetivismo, como, por cierto, se vienen multiplicando de hecho en la actual jurisprudencia de urgencia que se padece en materias graves como la valoración de la prueba de las expropiaciones (es normal leer rechazos de las valoraciones con motivaciones como “a la Sala no le convencen los argumentos del perito”, pese a no haber acordado **diligencias para mejor proveer** y llegando a dictar sentencia desestimatoria que premia a la Administración expropiante que valoró a la baja el justiprecio y que no practicó prueba en el proceso), o la no admisión de recursos con argumentos huecos o puramente formalistas. Se olvida con frecuencia que la interdicción de la arbitrariedad de “los poderes públicos” alcanza también a la sana crítica de los Tribunales.

4. Decadencia de la revisión directa de la desviación de poder; su sustitución por otras técnicas

El declinar de la desviación de poder fue estimulado por la aplicación de otras técnicas útiles, aunque no se concentraran en la fiscalización del núcleo de aquella: el rechazo de la inmoralidad de las Administraciones públicas, trasunto de la motivación real de los actos de sus autoridades y funcionarios; la corrupción privada o pública en las actuaciones no vinculadas por el servicio objetivo a los intereses generales. Aprovechando los avances en el control de la discrecionalidad —frecuente campo de las desviaciones de poder— se han fiscalizado estas.

Es pues necesario recordar la abundante jurisprudencia sobre el “control de los hechos determinantes de las decisiones administrativas” que tanto alivió la revisión de la discrecionalidad. Dos nombres quiero recordar aquí: el del maestro García de Enterría y el del magistrado Ángel Martín del Burgo. En el congreso italo-español que celebramos en Florencia a finales de los setenta comenté la sentencia de este gran juez que aplicó por vez primera el control de los hechos a un caso de denegación de una licencia de obras a un edificio en Mérida en razón al supuesto daño que produciría a un bien de interés cultural —o del patrimonio histórico- artístico como entonces decíamos bajo la vigencia aun de la Ley del Tesoro artístico de 1933-. Causó gran admiración a todos la creatividad de aquella primera sentencia de aquel gran Magistrado que un día definí como “un hacedor de justicia aún a pesar de las leyes”.

Otra de las técnicas influyentes en el declinar de la desviación de poder fue el “balance costo-beneficio” trasplantados de las jurisprudencias francesa y alemana para controlar la oportunidad y la discrecionalidad.

Y, asimismo, ha sido fructífero el principio de proporcionalidad tan enriquecido en la jurisprudencia administrativa.

Pero, a nuestro propósito en este análisis interesa ya entrar en el comentario de la Sentencia determinante de este estudio, para aproximarnos a la formulación de unas propuestas de reformas legislativas necesarias.

III. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N^o 5 DE SEVILLA DICTADA EN UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO POR UNA JUEZA EXCEPCIONAL

Como he indicado puede leerse esta sentencia en el Anexo. Sólo destacaré aquí algunas notas esenciales.

1. Densidad probatoria en el juicio oral

La flexibilidad del procedimiento abreviado (art. 78 de la LJCA), introducido bajo la inspiración del procedimiento laboral, permitió a la Juzgadora extraer todos los beneficios de la inmediación, la concentración y la efectiva aplicación de la potestad inquisitiva.

Hay que subrayar la densidad probatoria realizada en el juicio oral. Se admitieron y practicaron todas las pruebas tanto de prensa como los videos de las distintas cadenas de televisión, especialmente de las locales. En ellas se conocían directamente, sin versiones de terceros, las declaraciones del político que implicaban al Arquitecto recurrente en la pérdida de los elementos técnicos que integraron la estructura del recinto donde se celebró aquella final de la Copa Davis en Sevilla. Quedaban también expuestas al conocimiento de las partes todas las circunstancias determinantes de las que hace transcripción profusamente la resolución para elaborar una *ratio dicendi*. Asimismo aplica la sana crítica a los documentos acreditativos de las asistencias sanitarias necesarias y al reconocimiento de la indemnización por el daño moral.

2. La efectividad de la aplicación del principio inquisitivo

Además de la admisión de todas las pruebas., en la practica de las mismas no sólo se puntualizaron los hechos y sus circunstancias sino que, en especial las testificales, permitieron las aclaraciones necesarias para llevar a la juzgadora no sólo a la convicción moral como apreciación subjetiva, sino a la confirmación objetiva del fundamento de aquella convicción..El minucioso relato de los hechos probados crea un sólido fundamento para indagar definitivamente sobre la finalidad de las voluntades, motivaciones y actuaciones. Aplicando el método puede llegar la sentencia (en su fundamento jurídico quinto) a realizar esta categórica afirmación: “la evidencia, sin embargo, de que se ha perseguido un fin distinto y contrario al ordenamiento jurídico al cesar al demandante viene sin embargo por la probada utilización que por parte de presidente del IMD, Sr Político ... (que es a propuesta de quien se nombra al demandante y a quien corresponde por ello proponer el cese) se hace del cese del demandante para acallar a la opinión pública, indignada por la falta de vigilancia”.

3. Plenitud de la declaración anulatoria y del resarcimiento de daños y perjuicios

La consecuencia directa de las bases consolidadas en el enjuiciamiento es la plenitud de los efectos anulatorios llegando incluso a declarar el derecho del Arquitecto recurrente a ser repuesto “en dicho puesto de trabajo con efectos retro-

activos y a la percepción de la diferencia retributiva dejada de percibir entre la correspondiente al puesto de trabajo del que fue cesado y la del que ha venido ocupando y a la indemnización por los daños morales y físicos causados”.

Es interesante considerar si la sentencia incurre en contradicción con el art. 71.2 de la vigente LJCA que prohíbe a los órganos jurisdiccionales “determinar el contenido discrecional de los actos anulados “. La doctrina mayoritaria ha sido crítica ante este recorte a la potestad jurisdiccional. Podría argumentarse que, al ser una Jefatura de libre designación, el cese era discrecional, por lo que se excedía la sentencia al declarar el derecho del recurrente a ser repuesto en dicho puesto de trabajo con efectos retroactivos pero, aparte del margen de decisión reconocible a la Juzgadora, es evidente que el efecto anulatorio del cese hacía renacer la situación jurídica preexistente. En todo caso, la motivación del cese no era el interés general ni razones objetivas insertas en la potestad de autoorganización por lo que la discrecionalidad sólo era arbitrariedad, cuya interdicción garantiza el art. 9.3 de la Constitución. Sobre este punto abunda la sentencia de la Sala de Sevilla que desestimó el recurso de apelación del Ayuntamiento, en estos términos: “queda, pues, probado que el político atribuyó al apelado la responsabilidad de custodia y la negligencia en el ejercicio de la misma; cuando como se indica en la sentencia, y es admitido por la Administración, entre las funciones del apelado no se encontraban las de vigilancia y custodia de la estructura. Esto permite concluir, como hace la sentencia de instancia, que con el cese no se perseguía la autoorganización administrativa, sino un fin distinto del previsto en el ordenamiento jurídico como es acallar a la opinión pública para diluir la responsabilidad política derivada de la sustracción de la cubierta de una parcela municipal carente de todo sistema de vigilancia. No puede prosperar el recurso en este punto.”.

IV. PROPUESTAS DE REFORMA

1. Necesidad de dar respuesta procesal a las nuevas circunstancias

En los últimos tiempos se ha incrementado el deterioro ético-jurídico de muchas actuaciones administrativas. Aunque prescindieramos con prudencia de los casos en los que las denuncias de corrupción y arbitrariedades obedecen a enfrentamientos políticos, encontraríamos un denso conjunto de hechos reales y objetivos que patentizan el aumento de la desviación de poder en el funcionamiento de las Administraciones Públicas. Las nuevas circunstancias se han hecho más notorias en la jurisprudencia penal. La vía penal está siendo más utilizada por los ciudadanos y por los políticos, a veces por imponer la llamada “pena del banquillo” ante la opinión pública, pero en muchas ocasiones por confiar más en su efectividad por la aplicación del principio inquisitivo y por su pronta utilización

social. La judicialización penal de la vida pública es una expresión del fracaso democrático y manifiesta una adulteración de la distribución de las materias atribuidas a los distintos órdenes jurisdiccionales. Recientemente me planteaba un Secretario de Ayuntamiento que había sido denunciado por los concejales de un partido político por haber emitido un informe supuestamente ilegítimo sin que hubieran interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acto del Pleno municipal que resolvió el expediente donde se incorporó dicho informe. Consideraban más eficaz a sus propósitos la vía penal contra ese elemento no vinculante para la formación de la voluntad municipal que la vía del recurso contencioso-administrativo.

Las nuevas circunstancias obligan a introducir algunas reformas legales que considero prioritarias al menos en estos tres temas: el reconocimiento de la prejudicialidad contencioso-administrativa en ciertas materias determinantes de nuevos delitos, el reforzamiento del principio inquisitivo en el orden contencioso-administrativo, y la incorporación del arbitraje intraprocesal. Temas que he tratado en otros trabajos por lo que aquí haré unas referencias sintéticas.

2. El reforzamiento del principio inquisitivo

Ni la masificación de los recursos pendientes en los órganos jurisdiccionales, ni la insuficiencia de las actuaciones procesales de las partes puede justificar que se deniegue la tutela judicial efectiva en los supuestos de desviación de poder. Participan tan intensamente de las materias de orden público que la potestad jurisdiccional debe estar armada con todas las técnicas de indagación para que la convicción de los juzgadores se fortalezca con los medios probatorios más sólidos. A tal fin podría exigir la ley la aplicación necesaria de la ampliación del expediente administrativo, de la práctica de pruebas y diligencias para mejor proveer en todos los casos que el órgano jurisdiccional no considere suficientemente probada la desviación de poder denunciada. La evitación del peligro de incremento de denuncias de desviación de poder habrá que garantizarlo por otras vías sea la condena en costas o a la indemnización de daños y perjuicios, e incluso en casos graves pasar el asunto a los Tribunales penales.

3. Reconocimiento de la prejudicialidad contencioso-administrativa (protección ambiental, ordenación del territorio, urbanismo, procedimiento de selección).

Una nota común en toda las tipificaciones penales de los nuevos delitos urbanísticos, contra la ordenación del territorio o el medio ambiente y de otras materias, como podían ser las infracciones penales en los procedimientos de selección, etc., es que para la formación del supuesto de hecho debe existir infracción de

las normas administrativas reguladoras de dichas materias (leyes o planes de medio ambiente, ordenación del territorio). El juez penal puede encontrarse con importantes cuestiones administrativas previas para apreciar la formación del tipo. En tales asuntos debería ser obligada la prejudicialidad contencioso-administrativa para garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Se plantearían los supuestos de desviación de poder como antesala del tratamiento penal de los mismos.

4. Incorporación del arbitraje intraprocesal

Tras el intento de un anteproyecto de ley sobre conciliación, mediación y arbitraje – propiciado por el art. 107 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, 30/92, pero no acogido por el gobierno -, he venido proponiendo la incorporación del arbitraje intraprocesal a fin de agilizar el funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trata de ofrecer a las partes y a los juzgadores la posibilidad de nombrar un arbitro experto, elegido de entre una lista de expertos previamente seleccionados (entre jueces, abogados, catedráticos y profesores, abogados del estado, secretarios de Ayuntamiento, etc. Jubilados) para que emita un laudo bajo la supervisión y el control del Juez o la Sala competente y exclusiva titular de la potestad jurisdiccional que podía dictar la resolución confirmatoria definitiva en términos análogos a los previstos en el vigente art. 113 de la Ley J-C.A.

La duración de los procedimientos a los que se aplicara esta técnica, se reduciría ostensiblemente con un beneficio importante para la sociedad.

V. CONCLUSIÓN

Cuando N. Bobbio analizo la crisis de la democracia descubrió un mundo muy proclive a la decadencia de la ética que hace mas sensibles y atendibles las técnicas jurídicas diseñadas para garantizar el servicio objetivo a los intereses generales y hacer frente a la peor crisis de la legalidad. La desviación de poder ha de renacer con toda su virtualidad fortalecida con los instrumentos procesales que creen seguridad jurídica, base de la confianza para el funcionamiento de la democracia. En esa línea se sitúan las sentencias de la jueza y de la Sala de Sevilla que nos han inspirado estas reflexiones para compartirlas con el maestro José Luís Meilan Gil en este feliz periodo de su vida.

ANEXO

1.- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Sevilla de 20 de diciembre de 2007.

2.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Sevilla), Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de febrero de 2009.

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
Número 5
Sevilla
Procedimiento Abreviado núm. 666/06

- S E N T E N C I A núm. 655/07 -

En Sevilla a veinte de diciembre de 2007

La Sra. D^a MARIA FERNANDA MIRMAN CASTILLO, Magistrada-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo número 5 de los de Sevilla, ha visto los autos del recurso contencioso administrativo número 666/06, interpuesto por el Procurador D....., con la asistencia del Letrado D..... en nombre y representación de D..... Contra la resolución de 27 de abril de 2006 de la Junta de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, defendido por el letrado de sus servicios jurídicos D..... sobre PERSONAL. Se ha personado como interesado el Procurador D..... con la asistencia letrada de D..... en nombre y representación de D.....

La cuantía ha sido fijada como indeterminada y se ha seguido el trámite del procedimiento ABREVIADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el recurrente mencionado anteriormente se presentó el 7 de julio de 2007 escrito de demanda de Procedimiento Abreviado en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó permanentes en apoyo de su pretensión terminó suplicando se dictase sentencia por la cual:

- a) se anule el referido acuerdo de 27 de abril de 2006, por el que se dispone el cese del demandante en la comisión de servicios de Jefe del Servicio de Obras, Proyectos e Infraestructuras Deportivas del Instituto Municipal de

- Deportes, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico con reposición del mismo en dicho puesto, y
- b) acuerde una indemnización por los daños sufridos por el demandante ascendente a la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia.

Segundo.- Admitido a trámite el recurso se acordó su sustanciación por los trámites del procedimiento abreviado, señalándose día y hora para la celebración de vista con citación de las partes, a las que se hicieron los apercibimientos legales, así como requiriendo a la Administración demandada la remisión del expediente. Tras una primera suspensión de la vista y personación del citado interesado, la vista tuvo lugar el día 4 de diciembre de 2007. A dicho acto de la vista comparecieron ambas partes, no así el interesado, afirmando y ratificándose la recurrente en su demanda y oponiéndose la demandada con los argumentos que estimó pertinentes y tras fijar la cuantía y practicar la prueba admitida consistente en documental y testifical, las partes formularon en el acto sus conclusiones, quedando los autos conclusos para sentencia.

Tercero.- En este procedimiento se han observado las prescripciones legales excepto en cuanto a plazos debido a la acumulación de trabajo que pesa sobre este juzgado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.- Es objeto de este recurso la Resolución de 27 de abril de 2006 de la Junta de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla por la que se acuerda disponer el cese del demandante, funcionario municipal por oposición de una plaza de Arquitecto del Ayuntamiento de Sevilla, en la Comisión de Servicios de Jefe de Servicio de Obras y Proyectos e Infraestructuras Deportivas, dentro del Área de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, puesto éste de libre designación para el que fue nombrado el 2 de septiembre de 2004 a propuesta del Vicepresidente del Instituto Municipal de Deportes, y todo ello con efectividad de 28 de abril de 2006, así como adscribirle provisionalmente con efectividad de 29 de abril de 2006 al puesto de Jefe de negociado General de Obras Técnicas.

Por la parte demandante se alega que el acto debe ser anulado a) por falta de motivación del acto recurrido; b) por dictarse sin audiencia del interesado; c) porque se ha incurrido en desviación de poder.

Segundo.- Son de interés para la resolución de este pleito los siguientes hechos que se estiman probados:

En su calidad de Jefe del Servicio para el que fue nombrado, el demandante

suscribió a 7 de noviembre de 2005, a requerimiento del Sr. Delegado de Juventud y Deportes y Vicepresidente del IMD descripción de la conformación del Servicio de Obras y Proyectos e Infraestructuras Deportivas, así como la programación de Inversiones aprobada para 2005, que se recogen en el documento denominado Estructura, Funciones y Actuaciones del Servicio de Obras, Proyectos e Infraestructura Deportiva, que tiene elaborado el Instituto Municipal de Deportes. En el apartado I se enumeran las funciones del servicio, donde no se cuenta la de responsabilidad por el almacenaje ni contratación de seguros. En el acto de la vista, al fijar los hechos discutidos, el letrado del Ayuntamiento manifestó que era hecho pacífico que no era responsabilidad del demandante la custodia de la estructura sustraída a la que se hará referencia, ni la contratación de seguro alguno.

Entre las tareas propias del Servicio cuya jefatura ostentaba el demandante, se contaba la construcción del pabellón deportivo de la Paz. Al efecto se pensó en la reutilización de la estructura espacial de la pista principal de la final de la Copa Davis 2004 de Sevilla, en orden a lo cual el Servicio cuya jefatura ostentaba el demandante se puso en contacto con la empresa L fabricante de la misma.

Un representante de la citada empresa estuvo en la ciudad del 8 al 10 de marzo examinando los planos de diseño y distribución de la construcción, recomendando la disposición de la estructura sobre soportes de hormigón. A la manifestación del Servicio de que desconocía el estado actual de la estructura almacenada por no ser de su competencia, mediante carta de 15 de marzo de 2006 informó que para presupuestar la reutilización de dicha estructura era necesaria la verificación de su estado y recuento del material, a fin de posibilitar una valoración más precisa.

El 22 de marzo de 2006 una representación de dicho Servicio de Obra se personó en el mencionado solar, acompañados del Delegado de la casa comercial L, fabricante de las barras, comprobando que habían sido sustraídas gran cantidad de las mismas, así como la totalidad de las esferas que conforman los nudos de la estructura, indispensables para el nuevo montaje. Asimismo se echaron en falta otros muchos elementos allí acopiados de la misma estructura, pero cuya reutilización se había desestimado. Un recuento rápido arrojó un resultado de aproximadamente 500 barras disponibles. El demandante alega, y por parte de la Administración demandada no se ha negado, que informó verbalmente de este hecho el mismo 22 de marzo del 2006 a la Sección de Logística y a su responsable, Sr. D....., Sección de Logística sin relación jerárquica con el demandante que había intervenido en el expediente de desmontaje instruido por el Servicio de Deportes y en la determinación del lugar de almacenaje. De hecho, dicha sección llevó a cabo algunas reparaciones en la valla del solar donde estaba deposi-

tada la cubierta. Alega el demandante, y la Administración demandada no lo ha negado de forma expresa, que además de informar verbalmente el demandante al Sr....., otro funcionario de su servicio informó a otro del Servicio de Logística, como servicio responsable dentro del organigrama del IMD, del hecho y todo ello a fin de que ellos, que conocían realmente el volumen del material depositado, fueran a verlo y a confirmar los hechos.

Con fecha 18 de abril de 2006, D^a....., funcionaria del Servicio cuya jefatura ostentaba el demandante, remitió al demandante un escrito del tenor siguiente:

“Habiéndose planteado la reutilización e las barras empleadas en la estructura que se levantó con motivo de la celebración de la Copa Davis en Sevilla en 2004, el Servicio de Obras, Proyectos e Infraestructuras del Instituto Municipal de Deportes (IMD) procedió a comprobar el estado de dichas barras, acopiadas en un solar del IMD ubicado en Sevilla Este.

Con fecha 22 de marzo de 2006, una representación de dicho Servicio de Obras se personó en el mencionado solar, acompañados del Delegado de la casa comercial L, fabricante de las barras, comprobando que habían sido sustraídas gran cantidad de las mismas, así como la totalidad de las esferas que conforman los nudos de la estructura, indispensables para el nuevo montaje. Asimismo se echaron en falta otros muchos elementos allí acopiados de la misma estructura, pero cuya reutilización se había desestimado. Un recuento rápido arrojó un resultado de aproximadamente 500 barras disponibles.

Con fecha de hoy, nuevamente se ha realizado una visita al lugar del acopio, con la intención de realizar un recuento exhaustivo, incluso una clasificación de los distintos tipos de barras. Nos hemos encontrado con que el cerramiento metálico del solar había sido cortado en la anchura suficiente como para permitir el acceso de un vehículo y, ante todo, sólo quedaba uno de los grupos de barras de los que se había detectado en la primera visita, habiendo desaparecido no sólo el resto de barras, sino todos los demás elementos de la cubierta que sí estaban en la primera visita. Tras el recuento, que se ha realizado con la ayuda de dos técnicos de mantenimiento del C.D. Alcosa, se ha comprobado que quedan 75 barras disponibles para la reutilización, algunas de ellas en mal estado, cantidad que es a todas luces insuficiente para el objetivo planteado inicialmente.”

A la vista del mencionado escrito, el ahora demandante redactó el mismo día un escrito dirigido al Sr. Vicegerente del IMD, con la rúbrica: *“Asunto: Reutilización de la estructura espacial de la cubierta de la final Copa Davis 2004 para pabellones del IMD”*, que fue entregado el siguiente día 19 al vicegerente del IMD, con el siguiente texto:

“La estructura desmontada fue acopiada por la empresa L en la parcela de Sevilla Este donde se planteó realizar la construcción definitiva del Pabellón cubierto.

Al haberse realizado el Proyecto Básico y concurso para la construcción de un Pabellón cubierto en la C.D. La Paz, ha sido necesario comprobar la situación del material acopiado. Con fecha 22 de marzo actual se efectuó visita por miembros de este servicio, comprobando que se había efectuado rotura de la malla de cerramiento de la parcela y que se había sustraído diverso material.

Puestos posteriormente en comunicación con la empresa L, para que se realizasen el presupuesto de reutilización de la estructura, nos fue indicado que era necesario comprobar las denominaciones grabadas en los elementos de la estructura.

Esto ha motivado una visita realizada en la mañana de hoy por miembros de este Servicio, cuyo informe se adjunta, que pone de manifiesto que la sustracción de las piezas de la estructura no solo ha continuado, sino que al quitar paños completos prácticamente ha sido sustraída la totalidad de las barras acopiadas en los últimos días transcurridos, lo que se pone en conocimiento para que se actúe de manera procedente, así como en consecuencia, o se retira de manera inmediata el material restante o no quedará vestigio alguno de la estructura.

A la empresa L se le ha indicado que a las empresas que les pidan ofertas para licitar en el concurso, les presupuesten la totalidad de la estructura ante la situación existente”(la negrita es mía)

El día 21 de abril de 2006 el portavoz de la oposición, D....., además de dirigir una carta al Alcalde pidiendo explicaciones, dio una rueda de prensa denunciando el robo de la cubierta así como que la misma se encontraba sin vigilancia pese a estar valorada en 720.000 euros.

Ese mismo día, a requerimiento del Vicepresidente del IMD, D....., el actor acompañó al Vicegerente, Sr....., a presentar denuncia por robo en la Comisaría de Policía, y ese mismo día 21 de abril D..... compareció ante la prensa reconociendo el robo y manifestando que había sido una operación “rápida” en la que habían intervenido camiones y grúas de gran tonelaje y manifestando que la estructura, de gran tonelaje, llevaba allí depositada desde marzo de 2005 sin vigilancia.

Desde el día 22 de abril de 2006 la prensa se hizo eco de la sustracción de la cubierta subrayando la falta de vigilancia de la misma y la negligencia que ello suponía.

El 23 de abril de 2006 la prensa publicó que el Delegado Municipal de Deportes comenzó el día anterior (por el día 22 de abril) a depurar responsabilidades por el robo de la cubierta destituyendo al Jefe de Servicio de Obras y proyectos D..... como “titular directo de la custodia de dicha estructura” según una nota distribuida por el Ayuntamiento entre los medios de información que transcribieron entrecomilladas la citada expresión y que también publicaron declaraciones del Excmo. Sr. Alcalde manifestando que la falta de vigilancia del solar

donde estaba la cubierta es “*absolutamente increíble e inadmisibile*” y que iba a exigir responsabilidades por tal hecho.

El 27 de abril de 2006 la Junta de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla aprueba la propuesta de la Ilma. Capitular Delegada del área de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Sevilla de cesar al demandante en su comisión de servicios como Jefe de Servicio de Obras y Proyectos e Infraestructuras Deportivas, así como adscribirle provisionalmente al puesto de jefe de negociado General de Obras Técnicas.

El 1 de mayo de 2006 D..... declaró en un coloquio en el programa de TV “la Liga” de CRN Giralda: “... *desmontamos nuestra cubierta y en marzo de 2005, como corresponde a un buen gestor hablamos con nuestros técnicos y les planteamos que a dónde quieren que les llevemos esa infraestructura que hemos comprado por 228 millones. Nuestro jefe de servicio nos dice que la llevemos a Sevilla este, así lo hacemos, allí la depositamos para el inicio y construcción de un pabellón polideportivo y a partir de ahí se estancan las cosas a veces en el ámbito de la Administración, le planteamos al jefe de servicio si quiere sacar la infraestructura de allí, en ningún momento se nos da orden por parte del Servicio de sacarla de allí. Confiamos en nuestros técnicos. No puede ser de otra manera y se produce ese robo de la infraestructura.*

(...)

Se transporta hasta hacia una parcela de titularidad municipal del Ayuntamiento de Sevilla, la misma parcela que iba a acoger el futuro pabellón de Sevilla Este. Es decir, Delegado, lleve usted allí la cubierta porque allí es donde vamos a empezar a reutilizar esa estructura tan magnífica(...) las cosas se retrasan y se produce el robo.

Nosotros la llevamos allí porque los técnicos nos lo dicen, de no haber sido así la habríamos guardado pues en San Pablo, en el Estadio Olímpico, en cualquier otro sitio. Nos dijeron pónganla allí, allí la pusimos y de manera consecuyente con lo que nos dicen nuestros técnicos. Se demuestra posteriormente esta negligencia del Jefe de Servicio y así se procedió con rapidez al cese.”

(...)

La parcela donde se apila la cubierta de la Copa Davis donde vamos a construir un pabellón polideportivo fue cedida en el año 97 por el partido Andalucista (...) al Club Natación Sevilla. El Club Natación Sevilla se comprometió a construir una piscina (...) se puso a su disposición un solar (...). Hagan ustedes una piscina para la gente de Sevilla Este. Pasó el tiempo, no la construyen y por tanto incumplen el contrato que tenían firmado con nosotros. Le retiramos el solar. (...) La parcela es del IMD y por tanto del Ayuntamiento y nosotros en nuestra casa, metemos lo que queremos. Metemos nuestra cubierta, la guardamos allí y el Club Natación Sevilla ha hecho uso indebido (...)”

A la acusación de otros intervinientes de que el “IMD, el Sr.” sabía que se estaba robando, el Sr. lo negó manifestando:

No lo sabía porque hizo sus revisiones y lo hizo con un técnico de L, Don (...), que estuvo presente el 22 de marzo en la parcela y verificó el material que allí había y eso está por escrito.

(...)

Posteriormente hay una intervención telefónica en nombre del Club Natación Sevilla en la que se dice:

“... La parcela (...) es una parcela efectivamente cedida el 23 de octubre del 97 por contrato por el Ayuntamiento al Club. Es parcela actualmente sigue en posesión del Club por cuanto que no ha existido ningún acto expreso por el que el Ayuntamiento haya resuelto el contrato de concesión. Pues bien, en esa parcela al parecer, según se comenta por todos, se almacena allí por el Ayuntamiento sin decir absolutamente nada al Club Natación Sevilla, se almacena la Copa Davis.

Obviamente, si conocéis la ubicación del Club Natación Sevilla, se ubica en la calle Trastamara, dentro de Sevilla, que está muy alejado, muy alejado, de Sevilla Este. Un gran barrio, pero alejado de nuestras instalaciones principales. Esa parcela allí no se desarrolla actividad alguna, está cerrada con una valla, tiene su puerta o, tenía al menos su puerta cerrada con un candado y allí no se visita esa parcela asiduamente...

(...) En ningún momento tuvo conocimiento alguno de que allí se almacenaba material por parte del Ayuntamiento. Es más. Cuales son los hechos que realmente acaecen en esta serie de, yo creo, de malentendidos, en gran parte. Sucede que en marzo de este año (...) aparece un señor que es chatarrero y comenta con el encargado del Club que ha visto en la parcela algunos hierros y algún cartel de obra y que ofrece, ofrece, 1.200 euros por retirar esos enseres, llevárselos al peso y además, limpiar un poco la parcela de hierbas, etc... que hay allí. El encargado lo comenta con el Sr. Presidente que estaba en ese momento, que es arquitecto, y efectivamente tanto el encargado como el señor presidente en ese momento sabían obviamente que en esos años 98, 99, se habían efectuado unas obras en la parcela. En concreto la construcción de un paso de piscina de 25 x 25 y que efectivamente allí pues sobraron una serie de hierros procedente de esa obra, arena, que existía un cartel de la empresa contratista, otro cartel de publicidad de estos grandes del Club y, bueno, más o menos pues dicen que por 1.200 euros, pues, bien, que se lleve esos enseres y que limpie la parcela (...)”

El 5 de mayo de 2006, en el acta de la sesión extraordinaria del Consejo de Gobierno del IMD se recoge que el Sr., vicepresidente del IMD, declara que “el cese del Sr. no se produce por la sustracción de la cubierta sino por la pérdida de confianza y dado que se trata de un puesto de libre designación”, y recoge así mismo

dicha acta que *“por el Gerente se ratifica esta circunstancia de pérdida de confianza, sustentada en que la comunicación escrita que entregó, el título hacía referencia a la reutilización de la cubierta y no al robo, del que sólo se hace mención en el párrafo quinto, siendo entregado el 19 de abril por medio de una auxiliar administrativo, no mencionándole el tema del robo en una reunión que tuvo con él el día 19, ni tampoco se comunicó en el Consejo de Dirección del Instituto...”* (folio 4 del acta).

Más adelante, al folio 6 del acta se recoge: *“Por el Sr. Gerente se interviene para manifestar que el cese se ha producido por la pérdida de confianza en el Jefe de Obras y Proyectos, el cual al menos desde el 22 de marzo ha tenido conocimiento del robo y no lo ha comunicado adecuadamente y que la cubierta se puso en esa parcela a indicación del Sr..... quien nunca pensó que 150 toneladas las fuera a robar nadie y que sólo planteó el cierre de la parcela del modo en que está”... “Por el Sr. Vicepresidente se manifiesta que la sección de Logística fue informada de los daños en la parcela, desplazándose a la misma para repararlos pero no le competía la custodia y guarda de la misma”.*

El periódico El Mundo publicaba el 6 de mayo declaraciones del Concejal de Deportes en las que ya no imputaba al Sr..... negligencia en la custodia de la cubierta sino que afirma que *“el Sr..... recibirá la información el 22 de marzo pero no emitió un informe y en lugar de dirigirse al Delegado se quedó callado durante un mes”*, por lo que estimó negligencia en el funcionario *“que fue cesado de forma fulminante 24 horas después”*. *“No conocemos nada por escrito desde el 22 de marzo hasta el 19 de abril”*. Sobre el Vicegerente añade que *“tardó 48 horas en leer el documento”* hecho que achacó a que *“tenía un título absolutamente distorsionado con respecto a lo que estaba ocurriendo”*. Lo que estimaba responsabilidad *“de menor intensidad”*. Y añadió *“la investigación policial depurará responsabilidades civiles o penales y si existe una intencionalidad o mal proceder por parte del funcionario, se hará lo que dicte el Juez”*.

Al día siguiente, el 6 de mayo de 2006, el Gerente del IMD, D....., publicó un artículo de opinión en el periódico El Correo de Andalucía en el que afirmaba en relación al robo de la cubierta que ésta se había amortizado con el uso previsto, en la Copa Davis. No obstante se decidió su reutilización y añadía: *“Para ello se depositó en el lugar y con las condiciones que decidieron los técnicos. Afirmar que la cubierta debía haber tenido vigilancia las 24 horas del día (bien amortizado al terminar su uso previsto) hubiera supuesto gastarse más dinero en el collar que en el perro. Las revisiones eran periódicas y (...) los técnicos no consideraron más medidas de seguridad”*.

El 9 de mayo publicó el ABC de Sevilla que el responsable de la custodia de la estructura era el propio Gerente del IMD y Coordinador Local de Izquierda Unida, D....., por cuanto a dicha Gerencia estaba adscrita directamente la sección de logística encargada según el reglamento del IMD de la salvaguarda y almacenamiento del material, así como que el mismo 22 de marzo, como pos-

teriormente, el demandante alertó a esta sección de logística y en concreto a su responsable el Sr....., hombre de confianza del Gerente, de que faltaban algunas barras y esferas y que se había roto la valla de protección.

El 27 de mayo de 2006 el periódico ABC publicó que el Delegado de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, D....., culpaba a la Junta de Andalucía de que la cubierta de la Copa Davis de 2004 permaneciera almacenada más tiempo de lo que habían previsto inicialmente en la parcela de Sevilla Este de la que se sustrajo por el retraso en la llegada del dinero de las arcas autonómicas para acometer la reutilización de la estructura.

Como consecuencia del cese el demandante ha sufrido daños económicos derivados de una pérdida de ingresos como jefe de servicio así como un gran sufrimiento psíquico que se estima deriva necesariamente del hecho de comunicar mediante nota de prensa a los medios de comunicación por parte del Ayuntamiento de Sevilla el cese del demandante “*como titular directo de la custodia de la cubierta*”, y no desmentirlo ni matizarlo siquiera posteriormente a sabiendas de que no era verdad, insistiéndose por el contrario en días sucesivos en que ha existido una grave negligencia en el demandante con relación de causa-efecto con la sustracción de la cubierta que justificaba su “cese fulminante”.

Todo ello ha supuesto también daños a la salud del demandante, sometido a un estrés socio-laboral grave ante la gran repercusión social de los hechos narrados, habiendo sufrido empeoramiento de enfermedades que venía padeciendo de hipertensión arterial, hipercolesterolemia y eczema seborreico y precisado asistencia psicológica y psiquiátrica con diagnóstico de trastorno adaptativo depresivo ansioso y crisis hipertensivas como reacciones psicósomáticas al estrés que requirió baja laboral dos veces para su restablecimiento.

Tercero.- A la vista de los hechos descritos procede analizar los motivos de impugnación del acto administrativo impugnado. En cuanto a la falta de motivación del acto administrativo impugnado conviene traer a colación la pacífica jurisprudencia establecida sobre el cese en los puestos de libre designación. Por todas, dispone la STS, secc 7ª, de 29/09/2006:

“SEGUNDO: El primer motivo que se alega por la recurrente es la falta de motivación del acto recurrido. Sin embargo, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (entre otras, en sentencias de 10 y 11 de enero de 1997 ó 17 de diciembre de 2002, entre otras, de la Sala Tercera, Sección Séptima, del Tribunal Supremo) que el nombramiento (o la facultad de no nombrar a la persona propuesta) para cargos de libre designación constituye un acto administrativo singular y específico dentro de la categoría general de los actos discrecionales (letra f del artículo 54.1 de la Ley 30/92 modificada por Ley 4/99), consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza que la autoridad facultada

para la designación ha de tener en la persona designada, relación de confianza que sólo puede apreciar esa misma autoridad que verifica el nombramiento. En esta línea, ya señaló también la sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal, de 20 de noviembre de 1986, que la característica aplicable a los funcionarios eventuales estriba en que son nombrados y separados libremente.

Del examen precedente se infiere que la confianza sólo puede ser apreciada por la autoridad que verifica el nombramiento sin estar sometida al requisito formal de hacer una exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a determinada persona respecto a otra u otras o bien no concede esa confianza a determinada persona y la referencia a las condiciones subjetivas determinantes de la confianza que concurren en el designado para un cargo no son susceptibles de fiscalización en vía jurisdiccional, pues la característica aplicable a los funcionarios eventuales estriba en que son nombrados y separados libremente por la Administración, de acuerdo con sus normas especiales.”

En el derecho positivo, el art. 58 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, establece:

“1. Los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser cesados con carácter discrecional.

La motivación de esta resolución se referirá a la competencia para adoptarla.”

Incluso la sentencia del TSJ País Vasco de 24 de noviembre de 2003 que cita la parte demandante en apoyo de su argumentación diferencia el cese en las Comisiones de Servicios del cese en los puestos de libre designación para decir de éstos que no es parangonable la libertad de cesar en una comisión de servicios con la libertad de cesar en un cargo de libre designación, en que la libertad es máxima y vinculada a la competencia del órgano que tomó la decisión. Como se señala en la sentencia del TSJA, Sevilla, de 9 de junio de 1997, ponente D^a M^a Luisa Alejandre, *“la plaza ocupada lo era por tanto a merced de una decisión libre de las autoridades políticas, que tanto podía nombrarlo en virtud de la confianza que le inspirase como revocar el nombramiento cuando la misma desapareciese. El acceso a uno de los puestos de libre designación, indudablemente beneficiado por el hecho de no tener que demostrar mayores méritos o capacidad que otros funcionarios, lleva consigo la lógica servidumbre de su libre e inmotivada remoción (pues inmotivado jurídicamente es también el nombramiento)”*.

Cuarto.- En cuanto a que no se le haya dado audiencia al demandante antes de cesarle, tampoco es causa de nulidad del acto. Aunque sea humanamente comprensible que el demandante se haya sentido realmente indefenso ante el vai-

vén de los hechos que según el vicepresidente del IMD, Sr., constituían la “negligencia” por la que mereció el “cese fulminante”, iniciándose por ser titular directo de la custodia, terminando por ser quien propuso el sitio donde depositarla, pasando por no comunicar por *escrito* los hechos advertidos el 22 de marzo, o por comunicar el 19 de abril por escrito al Vicegerente los hechos advertidos el 18 de abril en lugar de hacerlo verbalmente al Gerente, y constando que incluso en el Acta del Consejo de Gobierno del IMD donde se trató su cese la Sra. manifestó que le hubiera gustado que el Sr. estuviese presente en dicho Consejo dándole la oportunidad de intervenir como persona a la que se le ha echado la culpa, tal como se hizo con el anterior gerente cesado, lo cierto es la jurisprudencia es igualmente pacífica en que el cese en el cargo de libre designación, a diferencia de la remoción de puestos cubiertos por concurso, al igual que no precisa ser motivado, tampoco requiere expediente contradictorio ni audiencia del interesado. Basta con el acto administrativo donde se motive la competencia para el cese. Por todas, STS de 13 de junio de 1997.

Quinto.- Por último, alega el demandante que el acto es nulo porque se ha incurrido en desviación de poder y trae a colación precisamente la última sentencia que citábamos, la del Supremo de 13 de junio de 1997, en que el Tribunal Supremo anuló el cese de un cargo de libre designación por estimar acreditado que el cese tuvo lugar *“movido por la finalidad extrajurídica de liberar a esos superiores de quien, desde un puesto de jerarquía inferior, pero actuando en el legítimo ejercicio de sus funciones –art. 12.2 Ley O. 2/1982, que ordena al Tribunal de Cuentas, hacer constar en la fiscalización cuantas infracciones, abusos o irregularidades hayan observado- había constatado al desarrollar la concreta actividad que se le había encomendado, patentes irregularidades, de trascendencia incluso penal, susceptibles de perjudicar los intereses personales de tales superiores. Lo que, desde luego, no cabía calificar de uso de las potestades organizatorias, concernientes al cese, de un modo concorde con el interés público, sino de desviación de poder”*.

Como señala la STS, Sala de lo contencioso-administrativo de 16 de junio de 1997, *“La desviación de poder, a la que hacen referencia el artículo 106.1 de la Constitución y los artículos 40.2 y 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, hoy sustituidos por los artículos 53.2 y 63.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, es definida por el artículo 83.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico, concepto que ha matizado la jurisprudencia declarando: A) Que es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto del interés público querido por el legislador; B) Que se presume que la Administración ejerce sus facultades conforme a Derecho; C) Que no puede exigirse una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodo su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable”*.

El caso de autos la apariencia de legalidad viene dado por un descontento objetivo en el Gerente del IMD con el proceder del demandante, por haberse tenido que enterar por el Vicepresidente del IMD de un hecho del que el demandante, aunque no fuera de su competencia la custodia de la cubierta, tenía ya conocimiento y que por su repercusión social, estima que debió comunicárselo personalmente a él o al mismo Vicepresidente del IMD. Esa constatación de que el demandante no ha actuado como cabía esperar de un alto cargo de confianza, más allá de lo exigible a un funcionario que se limita al cumplimiento estricto de las tareas que tiene encomendadas, parece suficiente en principio para sustentar una pérdida de confianza y un cese en el cargo de libre disposición.

La evidencia sin embargo de que se ha perseguido un fin distinto y contrario al ordenamiento jurídico al cesar al demandante viene sin embargo por la probada utilización que por parte del Vicepresidente del IMD, Sr..... (que es a propuesta de quien se nombra al demandante y a quien corresponde por ello proponer el cese) se hace del cese del demandante para acallar a la opinión pública, indignada por la falta de vigilancia de una parcela en la que se había depositado una estructura que según el mismo Sr..... había adquirido el IMD por 228 millones de euros, y para presentar al Alcalde (que había anunciado que consideraba inadmisibles que la parcela de donde habían sustraído la valiosa estructura estuviese sin vigilancia y que iba a exigir por ello responsabilidades políticas) un “cese fulminante”, en sus propias palabras. La opinión pública no estaba indignada porque la noticia del aparente robo trascendiera de una manera u otra, sino por el robo en sí. Por eso el Sr..... manifiesta ante los medios de comunicación (a pesar de no hacerlo en la reunión del Consejo del IMD en la que se iba a dar explicaciones del cese) que cesa al demandante como “titular directo de la custodia de la estructura” y en sus sucesivas comparecencias insiste en la grave negligencia del funcionario como causa de la sustracción de la cubierta.

Nadie, ni la opinión pública ni el Sr. Alcalde, consideró que no era un sitio idóneo donde depositar la pesada estructura, de 105 toneladas, la misma parcela donde iba a ser utilizada, sólo acusaron de la falta de vigilancia, pero el Sr....., cuando no parece calar en la opinión pública que el hoy demandante era el responsable directo de la custodia de la estructura, no duda en mantener que el robo es culpa del funcionario por la “grave negligencia” de proponer el sitio donde depositar la estructura.

Se ha estimado acreditado, porque es un hecho que el demandante fija en su demanda y que por parte del letrado del Ayuntamiento no se niega, que al demandante no correspondía proveer de servicios de vigilancia a las instalaciones donde se custodie algún bien del IMD. Sin embargo el Sr..... insiste en que fue una negligencia del demandante no ordenar que hubiera un servicio de vigi-

lancia en la parcela cuando se deposita allí la estructura. En el programa de televisión llega a afirmar “en ningún momento se nos da orden por parte del Servicio de sacarla de allí. Confiamos en nuestros técnicos. No puede ser de otra manera y se produce ese robo de la infraestructura”. El Gerente del IMD parece sin embargo asumir la decisión de que la parcela estuviera sin vigilancia por cuanto sobre el particular escribió en un artículo en la prensa “Afirmar que la cubierta debía haber tenido vigilancia las 24 horas del día (bien amortizado al terminar su uso previsto) hubiera supuesto gastarse más dinero en el collar que en el perro” aunque siguiendo la consigna marcada también añade que “Las revisiones eran periódicas y (...) los técnicos no consideraron más medidas de seguridad”, eso sí, sin aclarar a qué técnico está encomendada la seguridad de las instalaciones del IMD pese a reconocerse en juicio por el letrado del Ayuntamiento que no era en función del demandante. Por último, debe añadirse que esta juzgadora conoce la jurisprudencia según la cual los recortes de prensa sólo acreditan la existencia misma de la publicación de la noticia, pero no la veracidad de ésta (STS 30/04/99y 10/12/02) pero es que en el caso de autos lo que se ha estimado probado con tales recortes periodísticos es la propia publicación por la prensa de manifestaciones del Sr..... en ruedas a la prensa y un artículo de opinión firmado por el propio Gerente del IMD, no desmentidas ni matizadas por éstos en su momento ni por la Administración demandada al valorar la prueba en período de conclusiones.

El asumir las responsabilidades políticas no constituye ninguna obligación jurídica que como tal venga impuesta por una norma de derecho positivo. Por ello no se exige ante los tribunales este tipo de responsabilidad, sino dentro de la contienda política. Ahora bien, como estimó el Tribunal Supremo en la sentencia transcrita de 13 de junio de 1997 lo que sí es contrario al ordenamiento jurídico es hacer uso de la potestad de autoorganización, concerniente al cese, para diluir la propia responsabilidad política exigida, recordemos, por no decidir dotar a la parcela de un sistema de vigilancia tras depositar en ella para su reutilización en ese mismo solar una valiosa estructura. Es evidente que tal ejercicio de potestades incumple el mandato constitucional del art. 103 de servir con objetividad a los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Sexto.- En conclusión, al apreciarse la concurrencia del vicio de desviación de poder, procede la consiguiente anulación del acto impugnado, con las demás pretensiones que se postulan en la demanda. No se aprecia circunstancia legal para imponer las costas (art. 139 LJCA).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que debo estimar y estimo el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D....., en nombre y representación de D....., contra la resolución de 27 de abril de 2006 de la Junta de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla por la que se acuerda disponer el cese del demandante, funcionario municipal por oposición de una plaza de Arquitecto del Ayuntamiento de Sevilla, en la Comisión de Servicios de Jefe de Servicio de Obras y Proyectos e Infraestructuras Deportivas, dentro del Área de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, así como adscribirle provisionalmente con efectividad de 29 de abril de 2006 al puesto de Jefe de negociado General de Obras Técnicas.

Y declaro el derecho del recurrente a ser repuesto en dicho puesto de trabajo con efectos retroactivos y a la percepción de la diferencia retributiva dejada de percibir entre la correspondiente al puesto de trabajo del que fue cesado y la del que ha venido ocupando y a la indemnización por los daños morales y físicos causados cuya determinación se deja a la fase de ejecución de sentencia.

No ha lugar a una condena por las costas procesales causadas.

Una vez firme esta sentencia, contra la que cabe interponer recurso de apelación en el plazo de quince días a partir de la presente notificación ante este Juzgado para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, devuélvase el expediente a la Administración demandada con testimonio de la presente para su ejecución.

Así por esta mi sentencia de la que se unirá certificación literal a los autos, lo pronuncio, manda y firmo.

Publicación.- La anterior Sentencia se ha hecho pública por la Ilma. Magistrada que la ha dictado. En Sevilla a día de la fecha.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA. (SEDE DE SEVILLA)

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Apelación 216/2008.- R.

Recurso 666/06 Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Sevilla

SENTENCIA

Ilmo. Sr. Presidente
Don Julián Moreno Retamino
Ilmos. Sres. Magistrados
Doña María Luisa Alejandre Durán
Don Eugenio Frías Martínez

En la ciudad de Sevilla, a diecisiete de febrero de dos mil nueve. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, ha visto la apelación referida en el encabezamiento interpuesta por AYUNTAMIENTO DE SEVILLA representado y defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos contra Sentencia dictada el día 20 de diciembre de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Sevilla. Ha sido parte apelada D....., representado por el Procurador Sr....., y defendido por Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 5 de Sevilla se dictó sentencia en el recurso 666/06.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación, del escrito de la parte recurrente se dio traslado en el Juzgado a las demás partes y se han remitido las actuaciones a este Tribunal para su resolución.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 16 de febrero de 2009, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Eugenio Frías Martínez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada estima el recurso interpuesto contra resolución de 27 de abril de 2006 de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Sevilla por la que se acuerda disponer el cese de la plaza de Jefe de Servicios de Obras y Proyectos e Infraestructuras Deportivas, dentro del Área de Deportes, por entender que existió desviación de poder.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento sostiene que se trata de una plaza de libre designación y que el motivo del cese fue la pérdida de confianza como consecuen-

cia de la tardanza en informar a sus superiores del robo de la cubierta utilizadas para la final de la Copa Davis, siendo ésta la única causa de la decisión adoptadas. Errónea apreciación de la sentencia de la existencia de desviación de poder, no existiendo prueba de la misma y sin que puedan utilizarse artículos periodísticos como medio de prueba. Vulneración del art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción al haber determinado el contenido de un acto discrecional como es el nombramiento de libre designación al reponer al recurrente a su puesto. Y existencia de desviación procesal debido a que la restitución afecta al acto posterior de nombramiento de otro funcionario para la plaza.

TERCERO.- Para la resolución del presente recurso hemos de comenzar señalando que el apelado, Arquitecto funcionario municipal, fue nombrado para el puesto cuyo cese se recurre por el procedimiento de libre designación, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 20.1 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Dicho artículo en ese número 1 y en su párrafo e) dispone que: “Los funcionarios adscritos a un puesto de trabajo por el procedimiento de libre designación podrán ser removidos del mismo con carácter discrecional”. En este sentido –como señala la STS de 29-5-1995- podemos decir que la posibilidad de libre remoción entraña el reconocimiento a favor de la Administración de una potestad discrecional, del mismo modo que discrecional fue el nombramiento, aunque fuera precedido de una convocatoria pública, por lo que, siendo en tales casos libre el nombramiento y el cese, cuando éste tiene lugar pesa sobre el interesado la carga de acreditar, si no se conforma con la remoción, que ésta se produjo arbitrariamente.

En efecto, es constante la doctrina Jurisprudencial que señala que cuando el funcionario ha sido designado para un concreto puesto de trabajo de forma discrecional, en atención no sólo al cumplimiento de una serie de requisitos legales, sino también a otras motivaciones que descansan en el especial contenido del puesto de trabajo y en la relación de confianza existente con la autoridad competente para hacer el nombramiento, ello determina que, cuando a juicio de ésta, se produce una pérdida de la idoneidad requerida para el desempeño del puesto y de la consiguiente confianza depositada en el funcionario, éste pueda ser cesado libremente con la misma discrecionalidad con la que fue nombrado, aunque no se haya producido una prueba de las circunstancias concretas que determinaron dicho cese, si el interesado, sobre quien pesa la carga de la prueba, no demuestra que el cese se ha producido arbitrariamente. (SSTS de 26-5-1989, 18-5-1995, 24-5-1995, 29-5-1995).

Con ello no se hace sino proyectar a estos supuestos la doctrina que el Tribunal Supremo tiene sentada a propósito del vicio de desviación de poder, consagrado en el ámbito constitucional en el art. 106.1 en relación con el art. 103 de

la Constitución, y definido en el art. 70.2 de la Ley de la Jurisdicción, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento jurídico, y que sirve de medio para que los Tribunales puedan ejercer facultades de control sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria, sobre la legalidad de la actuación administrativa, y sobre el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, o, en definitiva, para determinar, por vía de control jurisdiccional, si existe o no discordancia entre el Ordenamiento y la actividad de la Administración desde el punto de vista de los fines previstos en aquél y de los perseguidos por ésta. Es presupuesto indispensable para que se dé que el acto esté ajustado a la legalidad extrínseca, pero sin responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, dirigida a la promoción del interés público e ineludibles principios, de moralidad, habiendo precisado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que para poder ser apreciada la desviación de poder, es preciso que quien la invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe, no siendo suficiente basarlo en meras presunciones o conjeturas sobre ocultas intenciones.

No obstante, la jurisprudencia más reciente ha flexibilizado el rigor de la acción, que exigía una prueba cumplida y plena, exigiendo –SSTS 18-7-1992, 24-10 Y 5-12-1994, 19-12-1997), entre otras- tan sólo acreditar los hechos o elementos que permitan al Tribunal formar su convicción dadas las dificultades que siempre tiene la probanza de motivaciones internas.

CUARTO.- Coincidimos con la sentencia impugnada en que existe una apariencia de legalidad en la resolución dictada, siendo suficiente la motivación de la misma fundada en la pérdida de confianza, amparada en el retraso en informar a sus superiores de la sustracción de la cubierta. Lo que ha de determinarse si con dicho cese se pretendía una finalidad distinta de la de la autoorganización administrativa.

El Ayuntamiento sostiene la existencia de error en la valoración de los hechos, manteniendo que los artículos publicados en la prensa no pueden servir como medio probatorio para sustentar la existencia de la desviación de poder.

No podemos compartir dicho criterio. Los artículos periodísticos suelen contener informaciones y opiniones de sus autores que no implican la realidad de la noticia que recogen, pero de ello no puede negarse con carácter general todo valor a los mismos, siendo admisible su presentación como prueba documental, y pudiéndose valorar por los juzgados y tribunales con arreglo al criterio de la sana crítica. La forma en que deben de valorarse los mismos y la incidencia que tiene sobre los hechos alegados, corresponde efectuarla al juzgador. No puede la parte limitar, según su conveniencia, la eficacia de ciertas pruebas a unos hechos

concretos, como en este caso pretende el Ayuntamiento, limitar los artículos periodísticos a acreditar sólo el daño moral y no a la existencia o no de la desviación de poder. Como se ha indicado es al Juez al que corresponde efectuar la valoración de la prueba.

La sentencia da como probado que el Vicepresidente del IMD, Sr....., manifestó que el titular directo de la custodia de la estructura correspondía al apelado; basándose en los artículos periodísticos aportados en autos. Dicha valoración de la prueba ha de entenderse correcta. En primer lugar porque en los artículos se recogen las manifestaciones entrecomilladas, como las palabras efectuadas por el Sr....., y además, se recogen idénticas manifestaciones no en un solo artículo sino en varios artículos publicados en distintos periódicos, que coinciden entre sí, por lo que existe certeza de la veracidad de las informaciones y manifestaciones recogidas.

Por otro lado, junto con los artículos periodísticos, se recoge en la sentencia la intervención del Sr..... en un coloquio de televisión el 1 de mayo de 2006 en el que se manifiesta que es el técnico el que Jefe de Servicios el que determina donde debe llevarse la estructura y depositarla, y que en ningún momento plantea sacarla de donde se depositó, reiterando en varias ocasiones que se depositó donde los técnicos señalaron, indicando textualmente “Se demuestra posteriormente esta negligencia del Jefe de Servicio y así se procedió con rapidez al cese”. Esto es, imputa al apelado la decisión del lugar de la custodia y la negligencia respecto de dicha decisión.

Queda pues probado que el Sr..... atribuyó al apelado la responsabilidad de la custodia y la negligencia en el ejercicio de la misma; cuando como se indica en la sentencia, y es admitido por la Administración, entre las funciones del apelado no se encontraban las de vigilancia y custodia de la estructura. Esto permite concluir, como hace la sentencia de instancia, que con el cese no se perseguía la autoorganización administrativa, sino un fin distinto del previsto en el ordenamiento jurídico como es acallar a la opinión pública para diluir la responsabilidad política derivada de la sustracción de la cubierta de una parcela municipal carente de todo sistema de vigilancia. No puede prosperar el recurso en este punto.

QUINTO.- Igual suerte desestimatoria debe correr la alegación de vulneración del art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción. La sentencia no determina el contenido de ninguna decisión discrecional, sino que determinada la existencia de desviación de poder en cuanto al cese del puesto, y anulada la resolución administrativa, resulta evidente que debe de reconocérsele su derecho a continuar en el puesto del que fue ilegalmente cesado desde la fecha en que se dictó la decisión anulada.

SEXTO.- Como último motivo de recurso se mantiene la existencia de desviación procesal, al entender que al reponer al apelado en el puesto se está revisando el nombramiento posterior efectuado para ese puesto.

Dicho motivo tampoco puede prosperar. La sentencia se limita a enjuiciar el acto impugnado, cuya revisión se insta por la parte actora, sin efectuar pronunciamiento alguno respecto de otras actuaciones administrativas, sin perjuicio de que como es evidente, la anulación de determinados actos administrativos pueda incidir en actos dictados con posterioridad al enjuiciado y que es anulado.

SEPTIMO.- De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas al recurrente.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE SEVILLA contra la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número 5 de Sevilla; con imposición de las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes en legal forma, haciéndoles saber que no cabe recurso contra ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese la presente resolución en el libro correspondiente. Remítase testimonio de la misma, junto con las actuaciones del Juzgado al órgano que las remitió para su cumplimiento.

Planteamiento por la audiencia nacional de cuestión de inconstitucionalidad contra la imposición de tasas judiciales en la jurisdicción contencioso-administrativa

Mercedes Izquierdo Barragán

Letrada de la Junta de Andalucía

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. LAS DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADAS POR EL AUTO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2013. III. CONCLUSIONES.

RESUMEN:

Mediante el Auto de 6 de septiembre de 2013, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

En concreto, para la Sala de la Audiencia Nacional el artículo 8.2 de la Ley 10/2012, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2013, así como el artículo 1, apartado nueve de este último, posiblemente son contrarios al artículo 24.1 de la Constitución, por cuanto la preclusión del trámite procesal y la terminación del proceso pueden quebrantar el derecho fundamental de la persona a la tutela judicial efectiva, si la exigencia de pago por adelantado de la tasa impide acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, y con ello a obtener dicha tutela judicial efectiva.

De igual manera, los artículos 7.1 y 7.2 de la Ley 10/2012, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2013, pueden ser contrarios a los artículos 14, 9.2 y 31 de la Constitución en la medida en que establecen un régimen económico de las tasas judiciales que no tiene en cuenta el principio de igualdad material, manifestado esencialmente por la capacidad económica del ciudadano.

ABSTRACT:

Through Order of September 6, 2013, the National Audience Contentious-Administrative Section, agrees to raise the issue of unconstitutionality against several provisions of Law 10/2012, of 20 November, regulating certain fees concerning the Administration of Justice and the National Institute of Toxicology and Forensic Sciences and the Royal Decree-Law 3/2013, of February 22, which amends the rates in the field of administration of justice and the legal aid system.

Specifically, to the National Audience Contentious-Administrative Section, Article 8.2 of Law 10/2012, as amended by Royal Decree-Law 3/2013, and Article 1, section nine latter possibly are contrary to Article 24.1 of the Constitution, because the procedural preclusion and the completion of the process may violate the fundamental human right to an effective defence, if the demand for payment of the fee prevents access to the administrative court, and thus to obtain such effective judicial protection.

Similarly, Articles 7.1 and 7.2 of Law 10/2012, as amended by Royal Decree-Law 3/2013, may be contrary to Articles 14, 9.2 and 31 of the Constitution to the extent that they establish an economic system of court fees that disregards the principle of material equality, primarily manifested by the economic capacity of the citizen.

PALABRAS CLAVES:

Posible inconstitucionalidad de la obligatoriedad del pago previo de las tasas judiciales por vulnerar el acceso a la jurisdicción, y por ello la tutela judicial efectiva. Posible inaplicación del principio de igualdad material en el régimen económico de las tasas judiciales.

KEYWORDS:

Possible unconstitutionality of prior obligation to pay legal fees for violating the access to the courts, and therefore effective defence. Possible non-application the principle of material equality in the economic system of court fees.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Resulta evidente el interés que tiene el análisis del Auto de 6 de septiembre de 2013 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional recaído en el recurso contencioso nº 4/2013, por cuanto, aunque con carácter previo se han interpuesto diversos recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, a instancia de cincuenta diputados del Grupo Socialista en el Congreso, la Generalidad de Cataluña y el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, y se ha planteado cuestión de inconstitucionalidad de las mismas normas por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona, sin embargo, de un lado, se trata de la primera ocasión en la que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad de dichas normas por un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo por vulneración del acceso a la dicha jurisdicción, y de otro, el recurso del que deriva tiene por objeto directamente las Órdenes de desarrollo de las citadas normas legales contra las que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

Efectivamente, el recurso contencioso administrativo se interpuso por una entidad mercantil por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, contra la Orden HAP/490/2013, de 27 de marzo, que modifica la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación y el modelo 695 de solicitud de devolución del importe de las tasas judiciales, por violación del artículo 24 de la Constitución Española, en el sentido de que, al exigirse el pago de la tasa como requisito inexcusable en los casos que la norma contempla, se estaría infringiendo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, máxime, si al desatender el requerimiento que a tal efecto haga el Secretario judicial se debe acordar la pérdida del trámite o la terminación del procedimiento no dando lugar a su incoación.

Por tanto, como señala el Auto que ahora se comenta, al plantearse la cuestión de inconstitucionalidad dentro de un recurso contencioso-administrativo, únicamente se plantea dicha cuestión en relación con las tasas exigibles dentro del procedimiento contencioso-administrativo, de conformidad con lo señalado en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, según el cual es necesario “especificar y justificar en que medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión”. No obstante, a pesar de que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se restringe a las tasas

exigibles en el procedimiento contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional se encarga de señalar que los argumentos sobre los que se sustenta la cuestión de inconstitucionalidad, serían perfectamente de aplicación al orden jurisdiccional civil.

De otra parte, hay que destacar que para plantear la cuestión de inconstitucionalidad no es necesario, como señala el Auto comentado, que, a diferencia del recurso de amparo, la parte actora que ha promovido el procedimiento en el que debe ser de necesaria aplicación la norma cuya constitucionalidad se duda, resulte lesionada en alguno de sus derechos fundamentales, pues el procedimiento para plantear cuestiones de inconstitucionalidad en relación con normas con fuerza de ley subyace en todos los procedimientos jurisdiccionales a través de los cuales se puede llevar a efecto un mecanismo de control abstracto de depuración del ordenamiento jurídico.

Por último, y antes de entrar en el análisis de fondo de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, la Audiencia Nacional señala pormenorizadamente la concurrencia de los requisitos constitucional legalmente exigidos para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad a efectos de facilitar la admisión de la misma ante el Tribunal Constitucional. En efecto, siendo el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial conferida por el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como cauce procesal para resolver las dudas que el mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar, es necesario justificar la concurrencia de los requisitos materiales para el planteamiento de la misma, los cuales se desprenden de los artículos 163 de la Constitución y 35.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Así lo hace el Auto de la Audiencia Nacional, indicando que:

A) El primer requisito consistente en que exista una norma jurídica con rango de Ley que pueda entrar en colisión con la Constitución, se cumple en el presente caso, ya que la norma jurídica cuya constitucionalidad se discute es la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, según la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

B) El segundo requisito consistente, es que la norma de cuya constitucionalidad se duda, sea de directa aplicación al caso pendiente de resolución ante los tribunales de justicia, igualmente concurre, puesto que la norma con rango de Ley cuestionada es “aplicable al caso” del que conoce la Audiencia Nacional. Es decir, para la resolución por parte de la Audiencia Nacional del recurso contencio-

so-administrativo interpuesto contra la Orden HAP/490/2013, de 27 de marzo, que modifica la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación y el modelo 695 de solicitud de devolución del importe de las tasas judiciales, resulta de aplicación la Ley 10/2012, texto vigente, en cuanto que su artículo 1 prevé que la tasa para el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo es exigible por igual en todo el territorio nacional, siendo el hecho imponible de la tasa la mera interposición del recurso.

C) En relación con el tercer requisito consistente en que de la validez de la norma cuestionada dependa el fallo, exigiéndose un nexo causal entre la norma y el fallo a pronunciar, de modo que la validez o invalidez de la norma cuestionada originaría una resolución distinta en cada caso, es evidente que concurre. Así, pretendiendo la recurrente la nulidad de las Órdenes HAP/490/2013 y HAP/2662/2012, y constituyendo estas Ordenes el desarrollo reglamentario de la Ley 10/2012, y del Real Decreto-Ley 3/2013, resulta que, si son declarados inconstitucionales alguno de los artículos de estas normas con valor de Ley que desarrollan, las Órdenes que nos ocupan es evidente que la sentencia que deba dictarse en este recurso contencioso-administrativo 4/2013, deberá ajustarse a los pronunciamientos contenidos en la sentencia que resuelva la cuestión de inconstitucionalidad que se plantea.

D) Por último, en cuanto al cuarto requisito relativo a que existan serias dudas de la constitucionalidad de la norma con rango legal, señala la Audiencia Nacional que *“el control de legalidad de la actuación administrativa impugnada en el proceso, en cuanto cumple un mandato legal, no puede hacerse sin tener presentes las consecuencias jurídicas que la Ley inexorablemente anuda a la falta de pago de la tasa, de modo que, cuando estos efectos contradicen preceptos constitucionales, ciertamente el precepto legal del que trae causa el desarrollo reglamentario se configura como norma legal de la que depende la validez del fallo”*. En este sentido, expresamente recoge sus dudas respecto de los artículos 8.2, 7.1 y 7.2, de la Ley 10/2012, según la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2013, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española, el primero de ellos, y además con los artículos 14, 9.2 y 31 de la Constitución española, los dos segundos, conforme razona en el cuerpo del Auto y que será objeto de análisis seguidamente.

II. LAS DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADAS POR EL AUTO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2013.

Enlazando con el epígrafe anterior, son varias las dudas de constitucionalidad que plantea la Audiencia Nacional en el Auto de 6 de septiembre de 2013. Así, de un lado considera que el artículo 8.2 de la Ley 10/2012, en la redacción otorgada por el Real Decreto-Ley 3/2013 vulnera el artículo 24.1 de la Constitución Española, y de otro que los artículos 7.1 y 7.2 de la misma Norma conculcan lo establecido en 14, 9.2 y 31 de la Constitución española.

1. Posible inconstitucionalidad del artículo 8.2 de la Ley 10/2012, según la redacción otorgada por el Real Decreto Ley 3/2013.

Por una parte, el artículo 8.2 de la Ley 10/2012, en la redacción otorgada por el Real Decreto-Ley 3/2013 señala:

“2. El justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, acompañará a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imposible de este tributo.

En caso de que no se acompañase dicho justificante, el Secretario judicial requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte en el plazo de diez días, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras el requerimiento del Secretario judicial a que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda.”

Y de otra, el artículo 24.1 de la Constitución española establece:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

El Auto de la Audiencia Nacional parte de que este derecho fundamental de la persona, queda conculcado, no por la exigencia del pago de una tasa, sino por las consecuencias procesales y sustantivas derivadas de la falta de dicho pago.

Así, requerida por el Secretario Judicial la persona que no pague la tasa, y transcurrido el plazo (diez días) concedido para la presentación de la justificación del pago de la tasa o de la concesión de la exención, se produce un efecto, que su petición de acceso a la tutela judicial manifestada en la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso administrativo, o de demanda en su ca-

so, o del correspondiente escrito interponiendo recurso de apelación o casación, quedará precluido procesalmente, y, por tanto, la consecuencia, que conculca el artículo 24.1 de la Constitución, será o la continuación del procedimiento sin haber podido evacuar dicho trámite, o la finalización del procedimiento.

Por tanto, la Audiencia Nacional parte de que la exigencia de una tasa, dentro de ciertos límites y procedimientos y circunstancias, es perfectamente constitucional, pero lo que puede no ser constitucional, es que el pago de dicha tasa, condicione: primero, la posibilidad de acceder a la jurisdicción; y segundo la posibilidad de obtener la tutela judicial; y son estas dos consecuencias inevitables, si no se pagan las tasas, las que se pueden considerar inconstitucionales. En este sentido, se apoya en la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2012, de 12 de febrero, cuando declara que:

«Asimismo, hemos dicho que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino que es un derecho presuncional y de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, Fj 4 y 182/2004, de 2 de noviembre, Fj 2.)

Ello implica que el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe configurar la actividad judicial y, más concretamente, el proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos (STC 206/1987, de 21 de diciembre, Fj 5). En esta regulación, la ley podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (entre otras, SSTC 158/1987, de 20 de octubre, Fj 4; 32/1991, de 14 de febrero, Fj 4; y 133/2004, de 22 de julio, Fj 4, recaída precisamente al controlar la constitucionalidad de una norma que limitaba el acceso a la justicia en aras al cumplimiento de deberes tributarios).

En principio, pues, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, puede verse conculcado por aquellas disposiciones legales que impongan requisitos impositivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (SSTC 60/1989, de 16 de marzo, Fj 4; 114/1992, de 14 de septiembre, Fj 3; y 273/2005, de 27 de octubre, Fj 5).»

En este sentido, considera que las consecuencias de la falta de pago de las tasas judiciales sí pueden constituir trabas que resulten innecesarias, excesivas y ca-

rezcan de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador.

Así, reconociendo la licitud de la finalidad perseguida por el legislador mediante la imposición de las tasas judiciales, cual es subvenir al coste que supone la Administración de Justicia, sin embargo, señala que las consecuencias del incumplimiento de este pago por los que pretenden acceder a la jurisdicción sí pueden tener las características obstaculizadoras indicadas y con ello vulnerar el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

Con ello, la Audiencia Nacional no hace sino aplicar la misma técnica de proporcionalidad que utiliza el Tribunal Constitucional al resolver en materia de derechos fundamentales, y que se constituye en un canon de enjuiciamiento, no solamente para la aplicación de la norma, sino también para su constitucionalidad en la fase de creación normativa.

El Tribunal Constitucional ha considerado que la proporcionalidad es un principio general del derecho, cuya formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación y en ese sentido se ha abstenido de entrar a conocer de las alegaciones de «desproporción de los medios empleados por el legislador para alcanzar el fin que se le atribuye» cuando responde a un juicio político (STC 66/1985, FJ 1), pero subrayando que sí procede analizar la alegada desproporción cuando «pueda implicar implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza». La sentencia 96/2012, de 7 de mayo (FJ 10), resalta la relevancia del juicio de proporcionalidad, «una exigencia imprescindible para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, pues como dijimos, entre otras muchas, en la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales». En concreto, dicha sentencia 96/2012 (también en el FJ 10) recuerda que ese Tribunal ha declarado en numerosas sentencias que «la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional, cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5; 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1; 19/1988, de 16 de febrero, FJ 8; 85/1992, de 8 de junio, FJ 5; y 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7). Es más, se precisa que «incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como canon derivado del valor justicia (SSTC 160/1987, de 2 de octubre, FJ 6; 50/1995, FJ 7; y 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, FJ 6), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 3; y

50/1995, FJ 7) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, FJ 6), lo hemos hecho en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos».

En este contexto, la funcionalidad de la proporcionalidad en el derecho es la de establecer una medida, que intenta mantener unos márgenes de actuación, por encima de los cuales una norma o conducta que podría ser acorde con el ordenamiento deja de serlo. Pero se trata de un aspecto cuantitativo, definido como constitucional o no por su grado de intensidad, lo que determina, en el caso que nos ocupa, la necesidad de valorar si, con independencia de la inconstitucionalidad de la existencia de las tasas judiciales, en general, se puede incurrir en inconstitucionalidad, si esa regulación afecta al contenido esencial de los derechos de igualdad y de tutela judicial efectiva. La mejor función de la proporcionalidad se actualiza en aquellas situaciones en las que hay una ponderación muy equilibrada de valores.

Así, la proporcionalidad puede servir para la justificación constitucional a la limitación del derecho. En una relación medio-fin, la proporcionalidad permite un ajuste entre derechos, una limitación en el uso de un derecho en relación con otro, pero esta limitación recíproca de derechos sólo se podrá dar en niveles homologables de derechos y bienes constitucionales. En el juicio de necesidad ya sí habría elementos valorativos, y la exigencia de que no haya sido posible otra medida igualmente eficaz pero no restrictiva del derecho (STC 66/1995).

En suma, la proporcionalidad y la ponderación de los intereses en conflicto exigen un pronunciamiento sobre la intensidad con que pueden defenderse uno y otro derecho, y hasta qué punto es exigible el sacrificio de la alternativa menos favorable (STC 120/1990; en ese caso pondera la colisión entre el art. 15 y el art. 16 CE).

De este modo, si no se tiene en cuenta la proporcionalidad que debe regir entre el fin perseguido por la norma cuestionada, cual es la de financiar el servicio público de la Administración de Justicia con cargo a los justiciables que más se benefician de la actividad jurisdiccional, disminuyendo correlativamente la financiación procedente de los impuestos, a cargo de todos los ciudadanos; y los principios de capacidad económica, igualdad, equidad y justicia que debe presidir todo sistema tributario que pretende garantizar el sostenimiento de los gastos públicos a que se refiere el art. 31 de la Constitución Española, como incluso lo reconoce el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 10/2012 al afirmar de manera explícita que “asimismo, la determinación de la carga tributaria no se hace a partir de la capacidad económica del contribuyente, sino del coste

del servicio prestado, que nunca puede superarse”, se conculca el citado derecho fundamental.

Precisamente, es la STC de 16 de febrero de 2012, la que lleva a esta Sala a fundar su sospecha sobre la constitucionalidad de los preceptos que se cuestionan, ya que en sus Fundamentos Jurídicos 9 y 10 concluye que *“en todo caso, desde nuestra perspectiva, debemos poner de manifiesto que en principio no vulnera la Constitución que una norma de rango legal someta a entidades mercantiles, con un elevado volumen de facturación, al pago de unas tasas que sirven para financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional que conlleva juzgar las demandas que libremente deciden presentar ante los Tribunales del orden civil para defender sus derechos e intereses legítimos.*

Esta conclusión general sólo podría verse modificada si se mostrase que la cuantía de las tasas establecidas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables, atendiendo a los criterios de la jurisprudencia expuestos en el fundamento jurídico 7”.

Igualmente, señala que la limitación de acceso al recurso puede ocurrir teniendo en cuenta la reducida capacidad económica de muchas personas, mas aún cuando se tiene en cuenta las cargas familiares a las que deben hacer frente, circunstancias todas ellas que lejos de contribuir al sostenimiento de los gastos de la administración de justicia persiguen un efecto contrario, cual es el de reducir de manera drástica la litigiosidad al que debe hacer frente el sistema judicial español y que solo permitiría el acceso a la justicia de aquellas personas físicas con suficientes recursos económicos, así como también a las personas jurídicas de las que se debe presumir sobre prueba en contrario que cuentan con liquidez bastante para litigar, lo que supondría una manifiesta desigualdad en el acceso a la jurisdicción.

En este sentido recuerda, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 de Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España el día 24 de noviembre de 1977 (BOE 10 de octubre de 1979), resumiéndola en la Sentencia de la Sección 3ª, de 7 de febrero de 2008, recurso nº 4113/2003, según la cual si bien, el derecho a un tribunal no es absoluto, sino que se presta a limitaciones, pues requiere por su propia naturaleza una reglamentación estatal que tiene la elección de los medios a emplear para este fin, sin embargo, a este respecto, el Tribunal recuerda que no ha excluido nunca que los intereses de una buena administración de justicia puedan justificar la imposición de una restricción financiera al acceso de cualquier persona a un tribunal.

El Tribunal subraya que una limitación del acceso a un tribunal no se concilia con el artículo 6.1 salvo si persigue una finalidad legítima y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En lo relativo en particular a la exigencia del pago a las jurisdicciones civiles (lo cual nada impide extrapolarlo al orden social o contencioso-administrativo) de una tasa judicial relativa a las demandas de que deben conocer, no pueden considerarse como una restricción al derecho de acceso a un tribunal que fuera en sí misma incompatible con el artículo 6.1 del Convenio. Sin embargo, el Tribunal reitera que el importe de los gastos apreciado a la luz de las circunstancias de un asunto determinado, incluida la situación financiera del recurrente y la fase del procedimiento en la que la restricción en cuestión se impone, son factores a tomar en cuenta para determinar si el interesado se ha beneficiado de su derecho de acceso a un tribunal, o si, por razón del importe de los gastos exigidos, éste ha sido restringido hasta un punto tal que el derecho se encuentra afectado en su propia sustancia.

De lo expuesto llega a la conclusión de que el hecho de que para recurrir no se tenga en cuenta la situación financiera del actor -al margen de los beneficios de justicia gratuita- supone que en no pocas ocasiones, lleva a restringir el acceso a la jurisdicción y por ende al recurso correspondiente, incumpliendo el Estado español, al igual que concluye el Tribunal Europeo de derechos Humanos en la citada sentencia de 2008 con su obligación de regular el acceso a un tribunal de manera conforme a las exigencias del art. 6.1 del convenio, así como del art. 24.1 CE en cuya contradicción existen serias sospechas de que incurren los preceptos cuestionados por la Audiencia Nacional.

Concluye pues, que el hecho de exigir al recurrente el pago de una tasa, que en algunos casos resulta desproporcionada, coartaría su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción y en su caso al recurso, porque se vería impedido para su correspondiente presentación al carecer de suficientes recursos económicos a tal efecto.

Dicha afirmación, finalmente, es sustentada por el Auto en un principio de certeza o de prueba de la realidad social y jurisdiccional, a través de los datos aportados por el propio Consejo General del Poder Judicial en su informe de 11 de junio de 2013, que demuestran que las tasas exigidas con carácter simultáneo a la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo con la “sanción” que conlleva el no hacerlo, suponen un obstáculo que impide el acceso a la jurisdicción y, por ello, a la tutela judicial efectiva. Y ello porque conforme al citado informe, se llega a la conclusión que desde la entrada en

vigor de las Ordenes HAP/2662/2012 y HAP/490/2013, se ha reducido de manera considerable, llamativa y preocupante el número de recursos interpuestos por los ciudadanos, pudiéndose deducir que la implantación del pago previo de las tasas y de las consecuencias de su falta de pago, han impedido e impiden que aquellas personas que necesiten acceder a los tribunales de justicia, no puedan hacerlo, o decidan soportar las consecuencias de actos y actuaciones de la Administración sin el refrendo del sistema natural del control jurisdiccional, establecido en la Constitución, artículo 106.

Así, en dicho informe literalmente se refleja que:

“Por jurisdicciones, se observa un apreciable efecto de las tasas judiciales en la reducción del número de procedimientos interpuestos por los ciudadanos contra la Administración pública en la vía contenciosa-administrativa. Así, el número de asuntos en esta jurisdicción descendió un 14,9%, sin tener en cuenta las demandas masivas por las bajadas de salarios a los trabajadores públicos ya que fueron eliminadas del análisis.

En cifras, en los juzgados de lo contencioso se esperaba el ingreso de más de 56.000 asuntos en este tiempo, cuando al final este número se sitúa en 48.164 asuntos.

Respecto a la actividad administrativa sancionadora, cuya competencia es de la Audiencia Nacional, el descenso ha sido del 36,3%.

En los tribunales superiores de justicia, sin tener en cuenta los casos de función pública, los asuntos ingresados han sido 14.738 frente a los más de 18.000 esperados, por lo que la rebaja ha sido del 19,1%.”

2. Posible inconstitucionalidad del artículo 7.1 y 2 de la Ley 10/2012, según la redacción otorgada por el Real Decreto Ley 3/2013.

Conforme a lo expuesto, el Auto de la Audiencia Nacional señala que teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2012, si bien el modelo del servicio público de la prestación de la justicia, es competencia del legislador en nuestro sistema democrático constitucional, pudiendo elegir entre un sistema de total gratuidad, con cargo a los impuestos generales, o el establecimiento de un sistema mixto de forma que se sufrague en parte por quien, haga uso de dicho servicio, salvo que se encuentre en alguno de los supuestos legales en que así se le reconozca; no obstante, si el legislador elige un sistema mixto de forma que se sufrague por quien haga uso de dicho servicio, debe tener en cuenta otro derecho fundamental recogido en el artículo 14 de la Constitución Española: *“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna*

por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social,” en relación con el artículo 9.2 de la misma Constitución: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas: remover los obstáculos que impidan dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social;” y con el artículo 31.1 de la Constitución Española de 1978 que establece que: “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.”

De esta forma se plantea también la posible inconstitucionalidad del artículo 7.1 y 2 de la Ley 10/2012, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2013, por posible infracción del artículo 14 en relación con el 9.2, y 31.1 de la Constitución Española, en la medida en que fija el importe de las tasas en el orden jurisdiccional contencioso administrativo tanto en su cantidad fija, como variable.

Y ello porque la Constitución española se esfuerza por lograr la igualdad material, trata de conseguir un trato desigual a quien se encuentra en situaciones desiguales, para que de esta forma se alcance la igualdad material, haciendo hincapié en la necesidad de que el legislador no trate a todos los individuos de la misma manera sino que sea capaz de tratar de forma diferente aquellas situaciones que son distintas en la vida real. Así, ha afirmado en varias sentencias que “lo proclamado en el artículo 9.2 puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial”.

En este sentido, el artículo 14 de la Constitución, declara el derecho fundamental de la persona a la igualdad formal en la Ley y ante su aplicación, el artículo 9.2 exige se implante el derecho a la igualdad material. La diferencia o complemento entre la igualdad formal y la material es recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional 34/1981, de 10 de noviembre, según la cual:

“El principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2).”

Sobre el significado general y el alcance de esta igualdad material se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, señalando que: “No implica sin embargo este precepto (el art. 14 CE), en modo alguno, la necesidad de

que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, pues esta igualdad real, cuya procura encomienda la Constitución (art. 9.2) a todos los poderes públicos y que es una Finalidad propia del Estado social y democrático de Derecho, no impide que, en la práctica, el ejercicio de determinadas actividades requiera la posesión de determinados medios.” No obstante en algunas ocasiones el alto Tribunal afirma que el principio de igualdad material contenido en el artículo 9.2 constituye a los poderes públicos en la obligación de hacerlo realidad, como la Sentencia 27/1981, de 20 de julio, según la cual:

“El acto del Legislativo se revela arbitrario (...) cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación - que ésta concierne al art. 14, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley.”

Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, se encarga de recordar el Auto que, en el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no debe olvidarse que la otra parte, contraria al administrado, es la Administración, que goza de unas potestades y prerrogativas exorbitantes, cuyo control lo tienen, en última instancia, los tribunales de justicia, quienes con arreglo a la Constitución (artículo 117), y dentro de un Estado de Derecho, son los órganos encargados de interpretar y aplicar el derecho al caso concreto, si bien como se demuestra del informe del Consejo General del Poder Judicial aludido anteriormente, por los datos estadísticos reverenciados, se ha limitado efectivamente el acceso a la jurisdicción y con ello a la posibilidad del ejercicio del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, y de la prestación, por parte del Estado, de este servicio mínimo e ineludible (artículo 149.1.5 de la Constitución).

Todo ello sin que la ruptura de dicho principio de igualdad material quede paliada por Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita y los supuestos de exención objetiva y subjetiva recogidos en la propia Ley 10/2012 y Real Decreto-Ley 3/2013.

Así, de la regulación de cuya constitucionalidad se duda se deduce que, en el orden contencioso administrativo, solamente existe una exención objetiva en el artículo 4.1.f): “La interposición de recursos contencioso-administrativos cuando se recurra en casos de silencio administrativo negativo o inactividad de la Administración.” Y en las excepciones subjetivas solamente a los funcionarios públicos cuando actúen en defensa de sus derechos estatutarios, y lógicamente a quien haya obtenido el beneficio de asistencia jurídica gratuita. Las demás exenciones se refieren al Ministerio Fiscal, a los Altos Organismos de la Nación y a la Administración.

La obtención del beneficio de asistencia jurídica gratuita, únicamente beneficiará a un sector de la población, que después de seguir un procedimiento específico, acredite que sus recursos o ingresos no excedan del quíntuplo del indicador público de renta de efectos múltiples, teniendo en cuenta además la carencia de patrimonio suficiente; en todo caso este reconocimiento será de naturaleza excepcional.

Pero no se ha pensado en la gran mayoría de la población, que no hallándose en alguna de las situaciones legales para obtener la asistencia jurídica gratuita, sin embargo tenga unos ingresos que superen lo mínimos legales, pero con unos gastos corrientes que absorban sus ingresos, y que deberá hacer un desembolso personal para el pago previo de las tasas, no deducible en otros impuestos específicos, como sucede a las personas jurídicas.

De esta forma, será el administrado, en todo caso, el que debe, o soportar el contenido del acto administrativo, o sufrir la carga de tener que pagar de forma anticipada el importe de unas tasas, que por si solas pueden suponer un gravamen igual o mayor que el propio contenido de aquel. Esto puede constituir un impedimento innecesario y no justificado para poder acceder a obtener la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, el Auto llega a la conclusión de que, atendiendo a la cuantía de las tasas, al pago previo de las mismas, y a la imposibilidad de continuar el procedimiento en caso de no pago, se puede poner en manos de la Administración, una potestad de disposición indirecta del ejercicio del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva. La Administración de antemano, en base a los datos estadísticos de los que dispone, puede conocer los límites que el administrado es capaz de soportar sin impugnar el acto administrativo del que es destinatario, de forma que, fije su contenido, de manera que el ciudadano decida acatar el contenido del acto, en lugar de impugnarlo, al serle menos gravosa aquella solución que ésta. Con ello la finalidad disuasoria de las tasas resulta patente en numerosos supuestos en que la impugnación de actos administrativos de escasa cuantía o trascendencia económica que van a quedar al margen del control jurisdiccional.

En este sentido, analizado el importe de las tasas en los distintos procedimientos (artículo 7.1 de la Ley 10/2012) la Audiencia Nacional deduce que los interesados prescindirán de ejercer su derecho a la tutela judicial, cuando, al margen de otras consideraciones, el importe de la tasa sea superior al del acto cuestionado; y sin que la corrección introducida en el artículo 7.1 por el Real Decreto-Ley 3/2013 para las resoluciones sancionadoras, cuya cuantía no podrá exceder del 50 por ciento del importe de la sanción económica impuesta, sea sufi-

ciente para garantizar el ejercicio del derecho pues es conocida la reducción -precisamente al 50 por ciento- de las sanciones en innumerables supuestos cuando se opta por no impugnarlas.

Por último, la Audiencia Nacional reconoce que aun cuando en el Auto por el que se trasladó a las partes para alegaciones el posible planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se omitió una posible conculcación del artículo 106 de la Constitución española, sin embargo en el Auto que estamos comentando, señala que la privación del acceso a la jurisdicción trae consigo una consecuencia de indudable trascendencia constitucional como es la ausencia de control de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la legalidad de la actuación administrativa, tal y como se encargó de poner de relieve la Sentencia 20/2012 del Tribunal Constitucional al señalar que *“En este proceso constitucional tampoco procede analizar las tasas que gravan el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo acceso también ofrece peculiaridades desde el punto de vista constitucional, consecuencia del mandato contenido en el art. 106.1 CE que ordena y garantiza el control jurisdiccional de la Administración por parte de los Tribunales (SSTC 294/1994, de 7 de noviembre, Fj 3, y 177/2011, de 8 de noviembre, Fj 3; en el mismo sentido, STEDH Gran Sala Perdígao c. Portugal, de 16 de noviembre de 2010, as. 24768/06, § 72)”*.

Así, en el orden contencioso-administrativo se defienden los intereses particulares de quienes se sienten perjudicados por un acto administrativo ilegal, pero al accionar frente a la Administración en tales supuestos se fortalece un interés colectivo en la lucha por el afianzamiento del Estado de Derecho. Si el acceso a la Justicia en general implica, ya de por sí, beneficios colectivos que trascienden el interés del justiciable considerado individualmente (STC 20/2012), piénsese hasta dónde alcanza esta conclusión cuando se impugnan actos de la Administración por particulares interesados en la preservación de bienes colectivos como el urbanismo, el medio ambiente, etc. Por ello, la imposición indiscriminada de una tasa en el orden contencioso-administrativo, hace muy difícil que se acuda al control de la actuación administrativa por los Tribunales de justicia con la evidente vulneración del artículo 24 en relación con el 106 de la Constitución.

III. CONCLUSIONES

En definitiva, el Auto de 6 de septiembre de 2013 llega a las siguientes conclusiones que le llevan al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad:

– El artículo 8.2 de la Ley 10/2012, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2013, así como el artículo 1, apartado nueve de este último, posiblemente son contrarios al artículo 24.1 de la Constitución, por cuanto la preclusión

del trámite procesal y la terminación del proceso pueden quebrantar el derecho fundamental de la persona a la tutela judicial efectiva, si la exigencia de pago por adelantado de la tasa impide acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, y con ello a obtener dicha tutela judicial efectiva.

– Los artículos 7.1 y 7.2 de la Ley 10/2012, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2013, pueden ser contrarios a los artículos 14, 9.2 y 31 de la Constitución en la medida en que establecen un régimen económico de las tasas judiciales que no tiene en cuenta el principio de igualdad material, manifestado esencialmente por la capacidad económica del ciudadano, y, sin que se considere que los supuestos de exención objetiva y subjetiva recogidos en la citada Ley, así como la regulación de la obtención de la Asistencia Jurídica Gratuita, sean criterios correctivos suficientes, para lograr la igualdad material pretendida constitucionalmente.

– El artículo 12 de la Orden HAP/2662/2012 y la redacción que da a dicho artículo por la Orden HAP/490/2013, que aprueban los modelos 695 y 696 para el pago de las tasas, objeto del recurso contenciosos-administrativo, no serían de aplicación si los artículos de la Ley que reglamentariamente desarrollan (7.1.y 2 y 8.2) son declarados inconstitucionales.

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (*)

V. FUENTES

1. Sentencia 170/2012, de 4 de octubre (BOE de 1 de noviembre). Ponente: Ortega Álvarez (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: Art. 86.1, 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.25
otros:

Objeto: Arts. 3 y 43, la disposición transitoria primera y la disposición final segunda del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios

Materias: Extraordinaria y urgente necesidad: apreciación de la causa habilitante del recurso a esta fuente del derecho. Competencias autonómicas en materia de comercio interior, industria y urbanismo. Principio de seguridad jurídica. Competencia autonómica en materia de comercio interior.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC):259/2007; 31/2011; 137/2011; 182/1988; 248/1988; 167/1993; 329/1993; 165/1994; 196/1993, 109/2003; 134/2011; 147/1998; 128/1999; 134/2011; 31/2011; 332/2005; 182/1997; 68/2007; 31/2011; 329/2005; 29/1982; 111/1983; 182/1997; 137/2003; 29/1982; 182/1997; 137/2003; 189/2005; 18/2011; 197/1996; 182/1997; 29/1982; 189/2005; 1/2011; 80/1985; 193/1998; 197/1996; 223/2000; 31/2010; 244/1993; SSTC 29/1986; 177/1990; 225/1993; 223/2000; 48/1988; STC 147/1991; STC 1/1982; 197/1996; 235/1999; 50/1990; 147/1991; STC 31/2010; 18/2011, 197/1996; 223/2000; 149/1998, 56/1986; STC 61/1997; STC 164/2001; 164/2001; 124/2003; 227/1993; 56/1986; STC 149/1998; 21/1999; 61/1997.

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido:

1º La extinción del recurso por desaparición sobrevenida del objeto respecto del art. 43 y del párrafo octavo de la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

2º Estimar parcialmente el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar que el apartado a) de la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, es contrario al orden constitucional de distribución de competencias.

3º Desestimar el recurso en todo lo demás.

Existen VP de Valdés Dal-Ré.

VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO.

A. Comunidades Autónomas.

A.2. Competencias.

1. Sentencia 172/2012, de 4 de octubre (BOE de 1 de noviembre). Ponente: Pérez de los Cobos Orihuel (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 9.3, 66.2, 117.1 y 5, 125, 138.1, 149.1.5, 14, 150.1, 156.1.

otros:

Objeto: El artículo 12.1 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modifica el art. 36 del Decreto 3059/1966 que establece el hecho imponible de la tasa sobre rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias (en adelante, “tasa sobre rifas”), añadiendo el inciso *por el contrario, será exigible por cada concreta Comunidad Autónoma cuando el ámbito territorial de participación no exceda del suyo propio.*

Materias: Vulneración del orden constitucional de competencias en materia de juegos y apuestas. Incidencia en el sistema de financiación autonómica, en atención a las limitaciones que supondría un cierto entendimiento restrictivo del punto de conexión; posible modificación sustancial del ámbito de la cesión del tributo sin respeto del trámite procedimental exigido, en perjuicio de la autonomía

financiera. Nexo de vinculatoriedad entre la competencia tributaria y la sustantiva o material. Competencia tributaria estatal en supuestos de juegos on-line.

Véanse las SSTC 35/2012, 83/2012 y 162/2012 (Véase el n.º anterior de esta Revista)

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 37/1981; 149/1991; 14/1996; 181/1988; 192/2000; 204/2002; 16/2003; 72/2003; 18/2011; 204/2011; 35/2012; 111/2012; 162/2012.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal ha decidido Desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad.

2. Sentencia 173/2012, de 15 de octubre (BOE de 14 de noviembre). Ponente: Rodríguez Arribas (Conflicto positivo de competencia).

Preceptos constitucionales: 1.1.; 9.2; 148.1.20; 149.1.1.

otros: 23, 24 y 27 Estatuto de Galicia; art. 66 LOTC.

Objeto: Orden TAS/421/2008, de 19 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad.

Materias: Competencia autonómica en materia de asistencia social y promoción del desarrollo comunitario. Competencia material y competencia subvencional: titulares de la competencia en materia de gestión y organización. Disparidad de criterio acerca de la norma gestora de la invasión competencial denunciada. Conflictos meramente preventivos: determinación jurisprudencial: posibilidad de que el Estado pueda gestionar centralizadamente las subvenciones cuando los programas asistenciales subvencionables tengan determinadas características de supraterritorialidad que impidan su gestión por las Comunidades Autónomas; reiteración de la doctrina del TC de que el poder de gasto del Estado no puede concretarse y ejercerse al margen del sistema constitucional de distribución de competencias, pues no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado; la supraterritorialidad no es título competencial alguno; la invocación meramente formal de un título competencial (estatal) no puede bastar para desplazar formalmente al titular de una competencia exclusiva (autonómica); el título estatal invocado de manera formal debe existir también materialmente. Con la fi-

nalidad de establecer las condiciones básicas ex art. 149.1.1 CE para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos, el Estado no puede pretender alterar el sistema de reparto competencial. Se aprecia falta de territorialización de los fondos, por lo que se niega que pueda apreciarse el carácter preventivo del recurso. Las normas procedimentales *ratione materiae* deben ser dictadas por las Comunidades Autónomas competentes en el correspondiente sector material, respetando las reglas del procedimiento administrativo común.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 76/1986; 95/1986; 146/1986; 13/1992; 213/1994; 61/1997; 227/1998; 98/2001; 188/2001; 239/2002; 228/2003; 31/2010; 178/2011; 148/2012; 150/2012.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal ha decidido:

1º Estimar parcialmente el conflicto positivo de competencia núm. 4682-2008 y declarar, con los efectos previstos en los fundamentos jurídicos 7 y 8 de la presente Sentencia, que son inconstitucionales y nulos, por vulnerar las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia los siguientes preceptos de la Orden TAS/421/2008, de 19 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad: los arts. 2, salvo su inciso *las correspondientes convocatorias en régimen de concurrencia competitiva, de acuerdo con lo establecido en el art. 22.1 y 23.2 de la Ley general de subvenciones*; 4; 5; 6; 8; 9; 10; 11; 12; 13; 14; 15 y 16.

2º Desestimar el conflicto en todo lo demás.

Sobre similar asunto y planteamiento véase también la STC 177/2012.

3. Sentencia 184/2012, de 17 de octubre (BOE de 14 de noviembre). Ponente: Rodríguez Arribas (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 9.3; 25; 27.5; 81.1; 149.1.1, 18 y 30.

otros: Art. 75 Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Objeto: Determinados preceptos de la de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación.

Materias: Orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: cuestiones relacionadas con el orden competencial en

materia de educación y vulneraciones relacionadas con el establecimiento de la normativa básica en materia de educación, con invasión de competencias autonómicas de desarrollo normativo y ejecución en materia educativa. Remisiones contenidas en LO al desarrollo reglamentario para el establecimiento de normas básicas e injustificada asunción de competencias ejecutivas por el Estado. Insuficiente grado de participación autonómica, o su ausencia, en la adopción de determinadas decisiones estatales. Vulneración del principio de reserva de ley e infracción del principio de reserva de ley orgánica por ciertos preceptos de la ley impugnada. Vulneración del mandato de programación general de la enseñanza como responsabilidad de los poderes públicos. Posible efecto extintivo del objeto del recurso por derogación de la norma impugnada, salvo en lo que se refiere a motivos competenciales: La CAA ostenta competencia compartida en enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, incluyéndose, en todo caso, la ordenación del sector de la enseñanza y de la actividad docente y educativa, su programación, inspección y evaluación; el establecimiento de criterios de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos para asegurar una red educativa equilibrada y de carácter compensatorio; la promoción y apoyo al estudio; la formación y el perfeccionamiento del personal docente; la garantía de la calidad del sistema educativo. Según acreditada JTC, las Comunidades Autónomas sólo puedan asumir competencias ejecutivas en relación con esta materia. Admisión de la posibilidad de remisión a normas reglamentarias del desarrollo de normas básicas contenidas en la LO: *la mera remisión en abstracto a las normas reglamentarias para regular materias básicas no tiene por qué suponer necesariamente que esas normas vulnerarían las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, ni puede, por lo que hemos dicho, reputarse sin más inconstitucional*. Por su parte es doctrina del TC que el art. 149.1.1 CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica. Carácter interactivo de la reserva de ley orgánica *-si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 CE), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley Orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria-*: no forma parte de la discrecionalidad del legislador orgánico regular mediante esta fuente una materia que no esté explícitamente reservada por la CE a este tipo de fuente.

Véanse las SSTC 111/2012; 148/2012; 149/2012 y 161/2012 en el n.º anterior de este Revista, así como las 212 a 214, todas de 2012

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 5/1981; 42/1981; 1/1982; 6/1982; 27/1983; 76/1983; 49/1984; 77/1985; 26/1987; 86/1985; 154/1988; 48/1988; 69/1988; 187/1988; 122/1989; 50/1990; 147/1991;

13/1992; 135/1992; 330/1993; 337/1994; 132/1996; 197/1996; 61/1997; 133/1997; 134/1997; 95/1998; 109/1998; 235/1999; 223/2000; 188/2001; 124/2003; 14/2004; 134/2004; 329/2005; 236/2007; 31/2010; 1/2011; 18/2011; 118/2011; 204/2011; 207/2011; 1/2012; 8/2012; 35/2012; 133/2012.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal ha decidido desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad.

4. Sentencia 194/2012, de 31 de octubre (BOE de 28 de noviembre). Ponente: Ortega Álvarez (Conflicto positivo de competencia).

Preceptos constitucionales: 149.1.7 y 30;
otros:

Objeto: Arts. 1.2, 2 d) y 7 del Real Decreto 1506/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen las directrices de los certificados de profesionalidad.

Materias: Educación; configuración de la formación profesional; conflictiva atribución al Estado del establecimiento de los procedimientos de evaluación y acreditación de las competencias o atribuciones profesionales derivadas de los distintos certificados de profesionalidad; así como de la regulación de los requisitos personales y materiales necesarios para desarrollar la formación correspondiente a la ocupación de referencia. La necesidad de que habrá de ser regulada complementariamente mediante norma estatal la previsión de que las comisiones de evaluación, órganos encargados de la comprobación del cumplimiento de las exigencias necesarias para expedir el certificado de profesionalidad, invadiría las competencias de la Generalitat en materia de enseñanza y también las de auto organización de sus servicios. Por exceder de lo establecido en el art. 149.1.7 CE. Por tratarse de una regulación que se refiere a la formación profesional en sus vertientes ocupacional y continua se considera, por el abogado del Estado, que no forman parte del sistema educativo y se sitúan en el ámbito laboral, amén de referirse a las condiciones de obtención y expedición de un título profesional en cuanto que el objeto de las normas es certificar sobre la formación adquirida por vías distintas a los estudios organizados. Derogación de la norma que originaba el conflicto; doctrina del TC que avala la conclusión de la no desaparición del objeto del conflicto en la medida en que no hayan desaparecido las cuestiones de competencia, sin olvido de la entrada en vigor del nuevo Estatuto, a cuya luz, en todo caso, habrá que dilucidar esas cuestiones competenciales. Se produce el debate, en síntesis, en el en-

cuadramiento de la materia en educación o, por el contrario, en el ámbito de la formación profesional. EL TC propone como regla de determinación de la competencia la de preponderar la regla competencial específica sobre la más genérica; reconociendo, al tiempo, la imposibilidad de atribuirle un valor absoluto. Se apreciará por el TC la existencia de distintas modalidades de formación profesional, encuadrables en materias competenciales distintas y a las que les son de aplicación títulos competenciales estatales y autonómicos también distintos, sobre la base de la polivocidad del concepto *formación profesional* (reglada, ocupacional y continua): considera el TC que la formación profesional reglada o inicial se inserta en el ámbito de las competencias relativas a la educación, mientras que la ocupacional y la continua se incardinarían, como regla general, en la materia laboral y en las competencias relacionadas con la misma.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 33/1981; 35/1982; 194/1994; 87/1987; 153/1989; 196/1996; 197/1996; 147/1998; 227/1998; ; 249/1988; 95/2002; 190/2002; 152/2003; 14/2004, 158/2004; 212/2005; 51/2006; 31/2010; 134/2011; 99/2012; 36/2012;

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido

1º Estimar parcialmente el conflicto positivo de competencia y, en consecuencia, declarar que el inciso “y funcionamiento” del art. 7.1 del Real Decreto 1506/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen las directrices de los certificados de profesionalidad, vulnera las competencias de la Generalitat de Cataluña.

2º Desestimar el conflicto en todo lo demás.

5. Sentencia 2011/2012, de 14 de noviembre (BOE de 13 de diciembre). Ponente: Asúa Batarrita (Conflicto positivo de competencia).

Preceptos constitucionales: 149.1.7; 13; 15; 16; 17; 31.

otros: 11.2; 17.2; 165; 170.1 EAC

Objeto: Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales TAS/2926/2002, de 19 de noviembre, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico, y con la resolución de 26 de noviembre de 2002, de la Subsecretaría de dicho Ministerio, por la que se regula la utiliza-

ción del sistema de declaración electrónica de accidentes de trabajo (Delt@) que posibilita la transmisión por procedimiento electrónico de los nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo, aprobados por la Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre.

Materias: Competencias autonómicas en materia de ejecución de la legislación laboral y las de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Seguridad Social. Por su parte, el Abogado del Estado sostiene que la aprobación con carácter uniforme de los modelos y del procedimiento informático de transmisión tienen carácter normativo en cuanto constituyen presupuesto para el ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes públicos; así como que la indicación del órgano ante quien se deben presentar no constituye competencia ejecutiva, pues el ejercicio de las competencias de ejecución arranca a partir del conocimiento de los datos suministrados por los ciudadanos. Considerará el TC que la *vindictio potestatis* debe entenderse extendida a la totalidad de la normativa sin que sea necesario hacer expresa mención de apartado alguna de las disposiciones objeto de la *litis*. En cuanto que el nuevo Estatuto de Cataluña aprobado con posterioridad a la presentación del conflicto se constituye parámetro de control del presente conflicto será norma que necesariamente se constituirá en referencia necesaria de la determinación del conflicto. Apreciará el TC que las normas que se recurren son desarrollo de la Directiva 89/391/CEE, con finalidad armonizadora. Apreciará el TC que la comunicación de los accidentes laborales, en los términos previstos en las disposiciones reseñadas, constituye una actividad de carácter instrumental que coadyuva al ejercicio de competencias estatales y autonómicas de diversa naturaleza, que se enmarcan en distintos ámbitos materiales: laboral, de Seguridad Social y de estadística. Estimaré el TC que la obligación de comunicación de los accidentes de trabajo constituye asimismo un aspecto que se inserta en el ámbito de las funciones de ejecución de la legislación del Estado en materia de Seguridad Social y cumple el objetivo de permitir un adecuado conocimiento de datos de siniestralidad laboral a efectos estadísticos, por lo que también resultarían concernidas las competencias estatales y autonómicas en materia de estadística. El bloque de la constitucionalidad que rige esta materia atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación laboral *sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas* y, de otra parte, se reconoce a la Generalitat la *competencia ejecutiva en materia de trabajo y relaciones laborales* que incluye, entre otros aspectos, *la prevención de riesgos laborales y la seguridad y salud en el trabajo, la potestad sancionadora de las infracciones del orden social en el ámbito de sus competencias*, así como *la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora*. Reitera el TC que el término *legislación* ha de ser entendido en sentido material sea cual sea el rango formal de las normas, comprendiendo no

sólo las leyes sino, asimismo, los reglamentos; por su parte a la CA le corresponde la emanación de reglamentos internos de organización de los servicios necesarios y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y, en general, el desarrollo del conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto del sistema de relaciones laborales, así como el ejercicio de la potestad sancionadora en la materia. Por lo que se refiere al ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo, considera el TC que, en materia de legislación laboral, a la que indudablemente pertenece el subsector de seguridad e higiene y salud en el trabajo, la competencia normativa del Estado es completa, siendo susceptible de ejercerse a través de las potestades legislativa y reglamentaria, de modo que ningún espacio de regulación externa les resta a las Comunidades Autónomas, la cuales únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normativa estatal. Por lo que se refiere a la materia estadística, el art. 149.1.31 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la *estadística para fines estatales*, lo que le habilita para instrumentarla directamente. Por su parte, el art. 135 EAC asigna a la Generalitat competencia exclusiva sobre estadística de interés de la propia Comunidad Autónoma, así como la participación y colaboración en la elaboración de estadísticas de alcance general, participación que habrá de establecerse y regularse por el Estado. Recordará el TC que la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, por lo que no es posible aducir que al ser la normativa cuestionada desarrollo armonizador dimanante de una Directiva, será el Estado el que tenga la competencia material.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 1/2011; 35/1982; 32/1983; 87/1985; 104/1988; 249/1988; 236/1991; 79/1992; 360/1993; 194/1994; 67/1996; 195/1996; 70/1997; 148/1998; 242/1999; 158/2004; 33/2005; 81/2005; 51/2006; 31/2010; 1/2012; 36/2012; 111/2012.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal ha decidido estimar parcialmente el presente conflicto positivo de competencia y, en su virtud:

1º Declarar que el art. 1 y el anexo de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales TAS/2926/2002, de 19 de noviembre, vulneran las competencias de la Generalitat de Cataluña en lo que se refiere al parte de accidente de trabajo, a la relación de accidentes de trabajo ocurridos sin baja médica, y a la relación de altas o fallecimientos de accidentados que las entidades gestoras o colaboradoras deban remitir a la Administración autonómica.

2º Declarar que los arts. 2 y 3, y la disposición adicional primera de la misma orden vulneran las competencias de la Generalitat de Cataluña en lo que

se refiere a la cumplimentación y transmisión por los sujetos obligados del parte de accidente de trabajo y de la relación de accidentes de trabajo ocurridos sin baja médica; y en cuanto a la relación de altas o fallecimientos de accidentados que las entidades gestoras o colaboradoras deban remitir a la administración autonómica, todo ello en los términos del fundamento jurídico 7.

3º Declarar que vulnera las competencias de la Generalitat de Cataluña la regulación que se contiene en la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 26 de noviembre de 2002, en lo que afecta a empresas y entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social, salvo, en lo que se refiere a estas últimas, para la remisión al órgano competente de la Administración del Estado de la relación de altas o fallecimientos de accidentados, en los términos del fundamento jurídico 7.

4º Desestimar el conflicto en todo lo demás.

6. Sentencia 225/2012, de 29 de noviembre (BOE de 29 de diciembre) Ponente: Pérez Tremps (Conflicto positivo de competencia).

Preceptos constitucionales: 149.1.7; 18.

otros: 28.1; 29.1 EAG; 63 LOTC.

Objeto: Orden APU/4217/2004, de 22 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras para el desarrollo de planes de formación.

Materias: Se trata de un conflicto sobre una orden que contempla un régimen de ayudas previsto para un horizonte temporal limitado al ejercicio de 2005, por tanto ya agotados sus efectos en el momento de ser analizada por el TC. Según éste, *deben considerarse vivas las disputas competenciales, pese al agotamiento de los efectos económicos de las normas que en cada caso resultaban controvertidas, cuando las modificaciones o derogaciones operadas en dichas normas dejaban subsistentes o irresueltas las cuestiones debatidas y las partes mantuvieron su interés en encontrar una respuesta a sus pretensiones, como se puso de relieve al no haber desistido del conflicto la parte actora ni tampoco haberse allanado la parte demandada.* Sobre el alcance del conflicto y los requisitos procesales de la determinación de su contenido y alcance. Según el TC la orden que es objeto del presente conflicto viene a establecer las bases reguladoras de las ayudas dirigidas a subvencionar durante el año 2005 los planes de formación continua promovidos por la Administración General del Estado, entidades locales, federaciones de municipios y provincias y organizaciones sindicales firmantes del III acuerdo de formación continua de Administraciones públicas (art. 1), estableciendo tanto las condiciones generales y requisitos a cum-

plir para el acceso a esa financiación, como el procedimiento de tramitación, seguimiento y control de las ayudas, cuya gestión se atribuye a la Comisión general de formación continua y al Instituto Nacional de Administración Pública; la cuestión, por tanto, no es otra que la relativa al alcance de la potestad subvencional del Estado en materia de formación continua en las Administraciones Públicas. Reitera el TC su doctrina de que hay que partir de la distribución de competencias existente en la materia constitucional en la que proceda encuadrar las subvenciones de que se trate, es decir, como ya se dijo en 1992, *la legitimidad constitucional del régimen normativo y de gestión de las subvenciones fijado por el Estado depende de las competencias que el Estado posea en la materia de que se trate, ya que el poder de gasto del Estado no puede concretarse y ejercerse al margen del sistema constitucional de distribución de competencias, pues no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado. La subvención no es un concepto que delimite competencias ... ni el solo hecho de financiar puede erigirse en núcleo que atraiga hacia sí toda competencia sobre los variados aspectos a que puede dar lugar la actividad de financiación ... al no ser la facultad de gasto público en manos del Estado título competencial autónomo*; siendo asimismo doctrina del TC que *las acciones formativas que se realicen en el seno de las Administraciones Públicas deberán encuadrarse, desde la perspectiva del orden constitucional de competencias, en la materia bases ... del régimen estatutario de sus funcionarios o legislación laboral, según que la relación de los empleados públicos con la Administración sea de carácter funcionarial, estatutario o laboral*. Desde esta perspectiva, al Estado le corresponde dictar la normativa básica y a la Comunidad Autónoma de Galicia el desarrollo legislativo y la ejecución de dichas bases, mientras que en la segunda la competencia normativa (toda la competencia normativa y no sólo la competencia para dictar bases) corresponde al Estado y a la Comunidad Autónoma la de ejecución. En todo caso, los precitados títulos competenciales del Estado le habilitan, para canalizar una parte de los fondos públicos destinados a la formación continua hacia esta específica formación en el seno de las Administraciones Públicas, *siempre que tal destino no ponga en cuestión las competencias normativas y de gestión que al respecto ostenta la Comunidad Autónoma de Galicia, la cual deberá disponer de los fondos territorializados según criterios objetivos que le correspondan con el fin de aplicarlos a la expresada finalidad*. El TC se reitera, una vez más, en lo que viene diciendo, sin gran éxito, por cierto, desde 1992: Cuando el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia, aún si ésta se califica de exclusiva, o bien tiene competencia sobre las bases o la coordinación general del sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución: en estos supuestos, el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus Presupuestos Generales, especificando su destino y regulando las condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su

competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de los fondos corresponde a las Comunidades Autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios presupuestos generales del Estado si ello es posible o en un momento posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias; salvo que en casos excepcionales resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional sea el Estado quien asuma esta competencia. No se aprecia que esta excepcionalidad se produzca en este caso. Por otra parte, la naturaleza bifronte del régimen local no ampara que la actuación estatal pueda sustituir la que constitucional y estatutariamente corresponde a las Comunidades Autónomas. Según el TC lo que se dilucida en este supuesto es determinar si las competencias atribuidas al Estado facultan a éste para el establecimiento de medidas de apoyo económico a los entes locales para que alcancen determinados objetivos en materia de formación de su personal, para la determinación de las prescripciones generales que han de cumplir los entes locales para promover planes que les permitan acceder a la financiación estatal correspondiente, así como las condiciones que dichos proyectos han de cumplir, pero debe respetar, en todo caso, las competencias estatutariamente asumidas en materia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación estatal. Ello implica que lo que debemos valorar es, en definitiva, si la disposición impugnada determina por su propio contenido que haya de ser el Estado quien tramite centralizadamente los fondos subvencionales en lugar de repartirlos, según criterios objetivos, entre las Comunidades Autónomas para que sean éstas las que realicen tal tramitación en relación con las Administraciones locales situadas en el respectivo ámbito territorial. Finalmente el TC insiste en su doctrina –que a la postre reduce a la inanidad toda la determinación de su posición material en estos reiteradísimos casos- sobre el alcance de las consecuencias de la vulneración de competencias apreciada, y partiendo de su doctrina tradicional sobre las subvenciones reguladas en disposiciones que ya han agotado sus efectos, según la cual no procede que queden afectadas situaciones jurídicas ya consolidadas, la pretensión de la Junta de Galicia puede estimarse satisfecha mediante la declaración de la titularidad de la competencia controvertida, sin necesidad de que haya de procederse a la anulación de los preceptos correspondientes.

Véanse en el nº 83 de esta Revista la STC 159/2011; en el nº 84, la STC 38/2012 y en el nº 85 la STC 111/2012. Sobre esta misma cuestión pueden consultarse las SSTC 226/2012 y 243/2012, donde se reitera la posición del TC acerca de la pervivencia de su doctrina manifestada en la citadísima STC 13/1992, si bien con el desafortunadísimo resultado que se expone, también en la STC que acabamos de comentar, acerca de los efectos meramente formales de sus decisiones al respecto. Véase infra la STC 244/2012, en la misma línea.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 84/1982; 106/1987; 75/1989; 13/1992; 331/1993; 128/1999; 190/2000; 223/2000; 98/2001; 190/2002; 228/2003; 230/2003; 31/2010; 158/2011; 159/2011; 111/2012;

FALLO: En atención a todo lo expuesto el TC ha decidido:

1º Inadmitir el conflicto en relación con los arts. 6 y 7 de la Orden APU 4217/2004, de 22 de diciembre.

2º Estimar parcialmente el conflicto positivo de competencias núm. 2947-2005 y, en su virtud, declarar que vulneran las competencias de la Junta de Galicia el artículo 4, apartado 3, y el artículo 9, de la mencionada orden.

3º Desestimar el conflicto en todo lo demás.

7. Sentencia 244/2012, de 18 de diciembre (BOE de 22 de enero de 2013). Ponente: Salas Sánchez (Conflicto positivo de competencia).

Preceptos constitucionales: 40.2; 149.1.7; 13; 16; 17; 18.

otros: 63 LOTC; 112; 114; 170.1 EAC.

Objeto: Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua.

Materias: Se debate si la formación continua de los trabajadores ocupados se encuadra en el ámbito laboral, al tiempo que si ese entendimiento del Estado de su competencia se ha utilizado para limitar indebidamente e ignorar la competencia que ostenta la Comunidad Autónoma en materia de ejecución de la legislación laboral, en concreto, la gestión de la formación continua, en virtud de lo dispuesto en su Estatuto de Autonomía y de lo señalado por la jurisprudencia constitucional, a este fin se solicita declaración en la que se declare que la competencia controvertida corresponde a la Generalidad de Cataluña siendo el objeto de la controversia el conjunto del RD 1046/2003, no lo esti-

ma así el TC al entender que la impugnación dirigida contra la totalidad del Real Decreto 1046/2003 carece, sin embargo, de la fundamentación específica necesaria para que pueda prosperar; el TC no detecta la existencia de una auténtica *vindicatio potestatis* que alcance a la globalidad de la disposición, dado que el Gobierno de la Generalitat no reivindica para sí el ejercicio de la competencia normativa plasmada en la norma reglamentaria que es objeto del presente conflicto, sino únicamente de aspectos concretos de la regulación efectuada que, a su juicio, pertenecen al ámbito propio de la ejecución o aplicación de la norma; decidirá así el TC que el objeto del proceso debe quedar limitado únicamente a aquellos artículos respecto de los cuales la representación procesal del Gobierno de la Generalitat aporta, efectivamente, una argumentación específica de las razones por las que estima que transgreden el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, en concreto, los que regulan los principios generales del subsistema (art. 2.2); la financiación de la formación continua en las empresas por medio de bonificaciones a la cuota de formación profesional (arts. 8.1 y 10.7); el ámbito supraautonómico de los contratos programa para la formación de trabajadores y de las acciones complementarias y de acompañamiento (arts. 14 y 17); la estructura organizativa y de participación (arts. 18 a 21 y, por conexión arts. 12.2, 22.4 y 23.2), las funciones de evaluación, seguimiento y control (art. 23) y la disposición final primera. De otra parte, se recuerda por el TC que en las controversias de alcance competencial es necesario apreciar los efectos que tiene sobre el conflicto la entrada en vigor de nueva normativa reguladora de algunos de los aspectos en discusión, operación que debe realizarse atendiendo en cada caso a las circunstancias concretas y, ante todo, a la pervivencia de la controversia competencial, esto es, a si la disputa sobre la titularidad competencial sigue o no viva entre las partes, de modo que si la normativa en torno a la cual se trabó el conflicto resulta modificada o sustituida por otra que viene a plantear los mismos problemas competenciales, la consecuencia necesaria será la no desaparición del conflicto; en este sentido estimará el TC que la derogación del Decreto objeto de la controversia por el Real Decreto 395/2007 no determina la desaparición del objeto del presente proceso constitucional. De otra parte la aprobación del nuevo EAC que ha tenido lugar con anterioridad a la resolución del presente conflicto lleva al TC a la necesidad de tenerlo en cuenta para afrontar su resolución. El subsistema de formación profesional continua es un elemento que se integra dentro del sistema general de formación profesional que, como concepto unitario, trata de la capacitación para el desempeño de una profesión y el acceso al mercado laboral. Dentro del concepto genérico de “formación profesional” se integran tres versiones diferenciadas: la formación profesional reglada, la formación profesional ocupacional y la continua. El TC da fe de que las dos partes en el conflicto constitucional consideran que la norma

controvertida se inserta en el ámbito de las competencias exclusivas que, en materia de “legislación laboral”, atribuye al Estado el art. 149.1.7 de la Constitución. El TC considera que el RD objeto de la controversia debe ser incardinado en el ámbito competencial relativo a la *legislación laboral*. La competencia autonómica en esta materia es de ejecución de la legislación laboral, incluyéndose la emanación de reglamentos internos de organización de los servicios necesarios y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y, en general, *el desarrollo del conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto del sistema de relaciones laborales*, así como la potestad sancionadora en la materia. El Estado está facultado para abordar la presente regulación, pero no puede ignorar que la competencia para su ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma, sin que en el ejercicio de su competencia normativa pueda el Estado desapoderar a las Comunidades Autónomas de las competencias estatutariamente asumidas y efectivamente traspasadas, siendo ésta la perspectiva desde la que debe procederse al examen de los distintos preceptos que son objeto de la presente impugnación, siguiendo las premisas establecidas por anterior doctrina del TC. Se pretende por la Comunidad Autónoma una vinculación o conexión directa entre el principio de caja única y la referencia al precepto constitucional que ampararía la competencia estatal. El TC niega esa vinculación; aparándose en anterior doctrina: *es evidente que no puede plantearse un conflicto basándose en la sospecha de que una resolución o acto del Estado tiene como finalidad última vulnerar el orden competencial, o puede conducir hipotéticamente a ese resultado, cuando la misma disposición o acto impugnado no invade en modo alguno las competencias de la Comunidad*. De ahí que concluya el TC: el principio de unidad de caja de la cuota de formación profesional es un principio general de naturaleza contable que no resulta de aplicación exclusiva al régimen económico de la Seguridad Social y que no tiene otro objeto que el de garantizar la unidad financiera del subsistema de formación continua y de su régimen económico, mediante la vinculación de sus fondos al cumplimiento de los objetivos que presiden su funcionamiento, sin que ello se oponga a la existencia de mecanismos descentralizados de gestión. En relación con el nuevo régimen jurídico regulador de las acciones de formación continua en las empresas las acciones formativas no se subordinan a las directrices fijadas por los poderes públicos o por los acuerdos entre éstos y los interlocutores sociales, sino que se incardinan en las propias empresas, en la medida en que son éstas las que planifican, organizan y gestionan las acciones de formación continua para sus trabajadores y las que utilizan la cuantía asignada a cada una de ellas en función de su plantilla; el nuevo modelo viene asimismo a modificar la financiación de las acciones formativas en las empresas, que pasan de financiarse a través de ayudas o subvenciones públicas, a ser financiadas mediante bonificaciones en la cuota que las empresas ingresan en la Seguridad Social en concepto de for-

mación profesional; el establecimiento de un determinado modelo de financiación de las acciones de formación continua en las empresas, es una facultad que se inscribe en el ámbito propio de la normativa en materia laboral, que el art. 149.1.7 CE atribuye a la competencia exclusiva del Estado, y la competencia autonómica se circunscribe a los exclusivos aspectos de ejecución o gestión del sistema arbitrado para regular esa formación continua. La norma objeto del conflicto mantiene el sistema de financiación a través de ayudas públicas, en el caso de los contratos programa para la formación de trabajadores y de las acciones complementarias y de acompañamiento a la formación. La Comunidad Autónoma actora reivindica para sí la competencia ejecutiva consistente en la concesión y pago de estas subvenciones, afirmando que las mencionadas acciones de formación continua y su financiación, pueden ser fácilmente “fraccionadas”, de manera que cada Comunidad Autónoma financie las que han de desarrollarse en su territorio; y, en el caso de que se justificara la dimensión supracomunitaria de una acción formativa, la norma debería determinar los correspondientes puntos de conexión que fijen la Comunidad Autónoma competente para su financiación o, eventualmente, prever la gestión coordinada por las diferentes Comunidades Autónomas. Así presentada la controversia, el TC considera que se plantean cuestiones relacionadas con la territorialidad de las competencias ejecutivas autonómicas, así como con la correlativa utilización de la supraterritorialidad como criterio de atribución de competencias al Estado; siguiendo su doctrina, el TC considera que debe recordarse que el principio de territorialidad de las competencias autonómicas significa que esas competencias deben tener por objeto fenómenos, situaciones o relaciones radicadas en el territorio de la propia Comunidad Autónoma. Ello no implica necesariamente que cuando el fenómeno objeto de las competencias autonómicas se extiende a más de una Comunidad Autónoma, éstas pierdan en todo caso y de forma automática la competencia, y que la titularidad de la misma deba trasladarse necesariamente al Estado. Semejante traslado de la titularidad, que ha de ser excepcional, sólo puede producirse cuando *no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas o cuando además del carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él y, aun en este caso, siempre que dicha actuación tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de cooperación o de coordinación y, por ello, requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado, y cuando sea necesario recurrir a un ente supraordenado con capacidad de integrar intereses contrapuestos de sus componentes parciales, sin olvidar el peligro inminente de daños irreparables, que nos sitúa en el terreno del estado de necesidad*. En el artículo 14 de la norma controvertida se contemplan diversos supuestos de contratos programa a suscribir por el Instituto Nacional de Empleo (INEM), orientados conceder ayudas dirigidas a acciones formativas que afecten a más de una Comunidad Autónoma o se realicen en un ámbito superior al de

una Comunidad Autónoma; en el apartado 5 se contempla que cuando estas ayudas se destinen a financiar acciones de formación continua en el ámbito territorial exclusivo de una Comunidad Autónoma, se aplicarán los mecanismos de distribución establecidos en el art. 153 TRLGP. En la medida en que se trata de materia laboral, el Estado posee competencias normativas plenas, lo que le habilita para establecer la completa disciplina normativa, incluyendo la definición de aquellos supuestos en que, por las características de la acción formativa y la naturaleza de sus beneficiarios, se exceden de las competencias autonómicas de ejecución, como ya había establecido el TC con anterioridad. Corresponde asimismo al Estado la fijación de los puntos de conexión que hagan posible la participación autonómica en el desarrollo de las mencionadas acciones formativas. En el supuesto que se examina, afirmada ya la existencia de un título competencial estatal de carácter específico, el análisis de la naturaleza y contenido de las ayudas contempladas en los apartados 1 a 4 del art. 14, permite afirmar al TC también la concurrencia de los demás requisitos recogidos en su señera STC 13/1992 que justifican que haya de excluirse la posibilidad de una gestión descentralizada. Por el contrario es criterio del TC que supone una vulneración de las reglas competenciales que el Estado asuma la gestión centralizada en materia de formación continua y la encomiende a las organizaciones sindicales y empresariales, con exclusión de toda participación de dicha actividad de ejecución de la Administración autonómica, respecto de las acciones y programas formativos concernientes a la población trabajadora radicada en su ámbito territorial. La STC 13/1992, ya contemplaba específicamente el supuesto de que el Estado tenga atribuida competencia sobre la legislación relativa a una materia, estando atribuida a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución; en más reciente decisión, el TC ha insistido en esta idea: *precisamente el dato de que la competencia normativa del Estado sea completa, sin que quede ningún espacio de regulación externa a las Comunidades Autónomas, que solo disponen de competencia de ejecución, quedando por ello garantizada en tal alto grado la unidad de acción, determina que deba apreciarse de forma mucho más restrictiva la excepcionalidad justificadora de la permanencia en el acervo estatal de facultades ejecutivas, que este Tribunal admite solo para supuestos tasados*. Reitera el TC que la competencia exclusiva del Estado en materia de “legislación laboral” prevista en el art. 149.1.7 CE, supone la atribución a éste de la íntegra regulación de la organización y, en consecuencia, le habilita para prever aquellas estructuras organizativas que, configuradas como órganos de deliberación, consulta o propuesta, vienen a responder adecuadamente a la finalidad que es propia de los principios de cooperación y colaboración, siempre y cuando a través de los mismos no se pretenda sustituir el ejercicio de las competencias de ejecución que son indisponibles e irrenunciables y que han de ejercerse precisamente por las Comunidades Autónomas. Las técnicas de cooperación y colaboración entre las instancias estatales y las autonómicas son especialmente necesarias en supuestos de concu-

rrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias pudiendo elegirse en cada caso las técnicas que resulten más adecuadas: el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etc. Estos son pues los criterios hermenéuticos que han de ser tomados en consideración para el análisis de los preceptos impugnados, criterios que permiten afirmar que la mera previsión de una estructura organizativa y de participación entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los agentes sociales implicados en el ámbito de la formación continua, en cuanto traslación de los principios generales de cooperación y colaboración, tiene por objeto favorecer la adecuada articulación del ejercicio de las respectivas competencias, y en esta medida tales previsiones no alteran el esquema de reparto competencial, ni impiden a la Comunidad Autónoma, en ejercicio de su potestad de autoorganización, la creación de los servicios o unidades propios que estime convenientes en orden al adecuado ejercicio de las competencias de ejecución que le han sido constitucionalmente atribuidas, siempre y cuando las funciones atribuidas a dichos órganos no vengan a sustituir las competencias de ejecución que son propias de las Comunidades Autónomas. Considera el TC que la objeción que se formula en relación con la disposición final primera del Real Decreto se sustenta en considerar que la regulación efectuada no puede encontrar amparo en los títulos competenciales recogidos en los apartados 13 y 17 del art. 149.1 CE. Esta objeción, por las razones expuestas en el fundamento jurídico 4, debe ser admitida en relación con la mención que se efectúa a la materia competencial del art. 149.1.17 CE, por lo que procede declarar que la referencia a dicha materia no es conforme con el orden constitucional de distribución de competencias.

Como ya advertimos en la nota final a nuestro comentario a la STC se reitera en esta la desafortunadísima costumbre del TC de limitar los efectos de su decisión a un reconocimiento meramente formal de la competencia autonómica, sin efecto práctico alguno, ni siquiera pro futuro, situación que viene arrastrándose desde, al menos, la modélica STC 13/1992. Véase en el n.º 85 de esta Revista el comentario a la STC 111/2012 y en éste, supra, el comentario a la STC 184/2012.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 33/1981; 35/1982; 181/1982; 32/1983; 77/1984; 116/1984; 87/1985; 227/1987; 181/1988; 249/1988; 104/1989; 124/1989; 13/1992; 330/1993; 36/1994; 146/1994; 194/1994; 214/1994; 102/1995; 95/1996; 195/1996; 61/1997; 7/1998; 40/1998; 195/1998; 147/1998; 227/1998; 128/1999; 95/2002; 190/2002; 204/2002; 158/2004; 194/2004; 33/2005; 81/2005; 51/2006; 31/2010; 1/2011; 18/2011; 194/2001; 207/2011; 158/2011;

32/2012; 111/2012; 133/2012; 134/2012; 143/2012; 184/2012.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido estimar parcialmente el conflicto positivo de competencias 7264-2003, interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y, en su virtud

1º Declarar que el apartado 1 del artículo 17 del Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, y la disposición final primera del mismo, en la mención que realiza al artículo 149.1.17 de la Constitución, vulneran las competencias de la Generalitat de Cataluña.

2º Declarar que el artículo 21.1 apartados f) y g) no vulnera las competencias de la Generalitat de Cataluña interpretado en el sentido expuesto en el fundamento jurídico 8.

3º Desestimar el conflicto en todo lo demás.

Se ha emitido VP por Asua Batarrita.

8. Sentencia 196/2012, de 31 de octubre (BOE de 28 de noviembre). Ponente: Pérez de los Cobos Orihuel (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 31; 133.1. y 2; 157.1 CE, 149.1.14; 156.1; 157.1, 2 y 3

otros: 39.1 LOTC; 4, 5 y 6.3 LOFCA

Objeto: Cuestión de inconstitucionalidad núm. 8556-2005 planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, sobre el art. 2.1, apartados b) y c), de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 11/2000, de 26 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que incidan en el medio ambiente.

Materias: Recordará el TC que el canon de constitucionalidad aplicable a las fuentes normativas de las Comunidades Autónomas es *el que se contiene en sus respectivos Estatutos de Autonomía y en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas* y, por supuesto, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio y, evidentemente, en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas entre ellas se encuentra la LOFCA cuyo art. 6.3 constituye en el presente caso el canon de constitucionalidad de los impuestos cuestionados; según el TC la última modificación del art.

6.3 LOFCA no afecta al juicio de constitucionalidad que se ha de efectuar sobre los preceptos impugnados los cuales se conectan con su aplicación a un concreto proceso en el que el órgano judicial proponente de la cuestión ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso *a quo*, razón por la cual, la reforma introducida por esa Ley Orgánica 3/2009 no puede ser de aplicación a situaciones anteriores a su entrada en vigor. Pasará a recordar el TC su amplia doctrina acerca de la posibilidad de atribuir a los tributos y, en particular, a los impuestos fines extrafiscales, incluso en relación con los denominados impuestos propios de las CCAA. Carácter limitado del ejercicio del poder tributario de las CCAA que se encuentra recogido en la CE y en la LOFCA, fundamentalmente, y que se consagra en el art. 6 de ésta, de modo específico mediante la prohibición de doble imposición, que en su anterior versión, establecía, de una parte, que dichos tributos no podían *recaer sobre hechos impondibles gravados por el Estado* (art. 6.2 LOFCA); de otra, aunque podían *establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de régimen local reserv[ase] a las corporaciones locales*, sin embargo, sólo lo podían hacer *en los supuestos en que dicha legislación lo previese y en los términos que la misma contemplase* (art. 6.3 LOFCA); se evitaba, así, *cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico*. Recordará el TC su STC 37/1987 y la distinción allí recogida entre *materia impondible* y *hecho impondible*, al tiempo que recuerda que para determinar si ha incurrido en una doble imposición contraria a dicho precepto orgánico, no basta con que exista una coincidencia formal de hechos impondibles tan sólo porque su definición sea gramaticalmente idéntica, sino que es necesario analizar los restantes elementos del tributo que se encuentran conectados con el hecho impondible, tales como los sujetos pasivos, la base impondible, y, en fin, su eventual finalidad extrafiscal que tendrá que aparecer reflejada en la estructura del impuesto o bien porque el rendimiento del mismo se afecte exclusivamente a una finalidad claramente medioambiental, por ejemplo. La Ley autonómica objeto de esta cuestión *establece y regula un nuevo impuesto que grava la incidencia que en el entorno físico y humano de la Región tienen la realización de determinadas actividades*, con la intención de *revertir a los ciudadanos de Castilla-La Mancha una parte de los costes que soportan como consecuencia del ejercicio de actividades contaminantes o generadoras de riesgos para el entorno natural, al mismo tiempo que introducir un nuevo instrumento con el que contribuir a frenar el deterioro medioambiental*. Para ello configura el hecho impondible del impuesto *a partir de la incidencia en el medio ambiente, sometiendo a gravamen aquellas emisiones o riesgos cuyas externalidades negativas o costes que soporta la sociedad tienen una mayor importancia*, y determina la base impondible *a partir de magnitudes expresivas de la contaminación causada o directamente relacionada con el impacto medioambiental, como son la dimensión de las instalaciones y el volumen de producción*”, fijándose los tipos de gravamen *“atendiendo a la alteración ocasionada en el medio natural, de forma que cuando esta alteración es re-*

ducida la cuota resultante es nula. En el primer de los ejemplos se alega coincidencia con el Impuesto sobre Actividades Económicas. El TC acepta esta perspectiva y concluye en la coincidencia de elementos esenciales entre ambas figuras tributarias, en la línea de lo que ya se estableció en la STC 289/2000. Por lo que se refiere a la segunda de las modalidades de imposición medioambiental, se somete a tributación la realización de la actividad empresarial de *almacenamiento de residuos radiactivos*. A juicio del órgano judicial, también esa letra c) al gravar el [a]lmacenamiento de residuos radioactivos en función de *la capacidad de los depósitos a la fecha del devengo del impuesto, expresada en metros cúbicos de residuos almacenados* [art. 5.1 c)], está coincidiendo con la materia imponible gravada por el impuesto sobre actividades económicas, incurriendo igualmente en la prohibición prevista en el apartado 3 del art. 6 LOFCA. Se traerán por contraste, el ejemplo del ITI andaluz (STC 37/1987) y el extremeño sobre dehesas en deficiente aprovechamiento (STC 186/1993) y el catalán sobre los elementos patrimoniales afectos a actividades de las que pudiera derivar la activación de planes de protección civil (STC 168/2004), que tenían un sentido finalista; en el caso analizado se niega esa concurrencia, coincidiendo su objeto plenamente con el impuesto sobre actividades económicas. Asimismo se señala que no es posible reconocer en el impuesto regional una *finalidad extrafiscal* de protección ambiental, ni tampoco una afectación de los rendimientos del impuesto a ninguna finalidad de esta naturaleza; en defensa del mismo se observa que el tributo grava igualmente la contaminación y los riesgos que para el medio ambiente supone el almacenamiento de residuos radiactivos, pues aunque el impuesto coincida terminológicamente con el impuesto sobre actividades económicas, éste está gravando el hecho de almacenar esos residuos con independencia de su incidencia en el medio ambiente; así, si en el tributo autonómico la base imponible es la capacidad de los depósitos expresada en metros cúbicos, en el tributo local la base es de tarifa única, gravando el primero la potencia contaminante de los residuos y el segundo la mera actividad industrial de almacenaje. EL TC termina apreciando identidad de materia imponible apreciando vulneración de los límites del 6.3 LOFCA, al tiempo que aprecia que no hay identidad de razón de este impuesto y el analizado en el ATC 456/2007 en relación con el impuesto andaluz sobre depósitos de residuos radiactivos, al no estar gravada la misma materia imponible. Al tiempo que considerará el TC una prueba del carácter extrafiscal del tributo andaluz la vinculación de la recaudación obtenida *a la financiación de las actuaciones de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección medioambiental y conservación de los recursos naturales*. En conclusión, el impuesto castellano-manchego sobre actividades que inciden en el medio ambiente, en su modalidad de almacenamiento de residuos radiactivos, grava el mero ejercicio de una actividad económica, con independencia de la aptitud para incidir en el medio ambiente, incurriendo de este modo en la prohibición prevista en el apartado 3 del art. 6 LOFCA. Por con-

xión lógica la declaración de inconstitucionalidad del elemento esencial del tributo –hecho imponible– arrastra la del tributo en su conjunto. Por lo que se refiere a los efectos, se sigue en la solución que ya se diseñó en la STC 45/1989 y se declara por el TC que únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía en ellos una resolución administrativa o judicial firme.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 181/1988; 37/1987; 45/1989; 150/1990; 197/1992; 186/1993; 79/1996; 96/1996; 235/1999; 289/2000; 194/2000; 276/2000; 168/2004; 178/2004; 255/2004; 138/2005; 273/2005; 111/2006; 113/2006; 179/2006; 365/2006; 235/2007; 7/2010; 63/2011; 74/2011; 79/2011; 117/2011; 121/2001; 161/2011; 175/2011; 19/2012; 21/2012; 28/2012; 122/2012.

FALLO: En atención a todo lo expuesto el Tribunal Constitucional Ha decidido Estimar la cuestión de inconstitucionalidad y, por tanto, declarar inconstitucionales y nulos, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 5 de esta Sentencia:

1º Las letras b) y c) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 11/2000, de 26 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente.

2º Por conexión con el apartado 1 de este fallo, los apartados 2 y 3 del art. 2, las letras b) y c) del apartado 1 del art. 5, las letras b) y c del art. 6, y el apartado 4 del art. 7, todos ellos de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 11/2000, de 26 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente.

Véase, asimismo, en esta línea la STC 210/2012, en relación con un Impuesto Autonómico de la Junta de Extremadura –el Impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito–, en la que la decisión del TC ha sido la determinación de que no hay coincidencia de su hecho imponible ni con el IVA ni con el IAE, concluyéndose que no se produce vulneración del principio de libertad de circulación de personas y bienes, en línea con la STC 168/2004.

Por motivos de espacio no es posible reseñar varias SSTC de finales de 2012 que, en la medida en que se trata de recursos de inconstitucionalidad, podrían revestir interés; las dejamos reseñadas: 195 (en conexión con ésta, las 239 y 240); 197; 198; 209; 215; 216; 223; 234; 236; 237; 238; 245.

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. BIENES PÚBLICOS. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

IV. BIENES PÚBLICOS

CONCESIONES EN ESPACIOS PORTUARIOS

Los usos de las superficies portuarias se han de hacer de conformidad con el Plan de Utilización de los espacios portuarios aprobado, presupuesto para otorgar la concesión demanial.

“La premisa de la que debemos partir -tal como viene aceptada por la Sala de instancia- es que, efectivamente, la zona de servicios del puerto de Vigo correspondiente al término municipal de Cangas no contaba, en las fechas en que se otorgó el título concesional, ni con un plan de utilización de los espacios portuarios ni con un plan especial de ordenación. Es más, en el expediente administrativo (completado) consta un proyecto, fechado en octubre de 2001, del Plan de utilización de

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

los espacios portuarios de la zona de servicio del Puerto de Vigo correspondiente al término municipal de Cangas. Se trata, repetimos, de un mero proyecto aún sin aprobación final.

La zona de servicio del Puerto de Vigo se distribuye en cinco términos municipales, dos situados en la ribera sur de la ría de Vigo (Vigo y Redondela) y tres en la ribera norte de la misma ría (Cangas, Moaña y Vilaboia). El documento al que hemos hecho referencia es el proyecto de Plan de Utilización de Espacios Portuarios de la zona de servicio del Puerto de Vigo precisamente en el término municipal de Cangas, que se encontraba en fase de tramitación, pero no aprobado, cuando se dictaron las resoluciones objeto de litigio.

En la memoria de aquel proyecto se lee cómo “[...] la zona de servicio del puerto de Vigo en Cangas puede considerarse portuaria industrial, ya que es la empresa concesionaria allí instalada, debido a su organización comercial, la que constituye el centro generador de tráfico, especializado en pescado congelado. Se debe destacar la gran importancia económica que para toda esta zona tiene la pesca. Como consecuencia de esta actividad se han creado gran cantidad de empresas relacionadas con este sector, que constituyen un centro generador para este tipo de tráfico. La pesca tiene en Vigo y su comarca una gran importancia económico-social, con efectos multiplicadores y reguladores destacados”.

Admitía, sin embargo, el proyecto que podría ser conveniente, junto a los tráficos comerciales, permitir la ubicación de futuras “zonas náutico-deportivas a lo largo de la zona de servicio, siendo Cangas una buena alternativa para ellas”. Por ello, en el epígrafe 5.2 del Plan (denominado “necesidades futuras”) se refería a las actividades náutico-deportivas, de ocio y servicios complementarios. Afirmaba en este sentido que se “debe considerar, dentro de la atribución de usos en la zona de servicio, la posibilidad de expansión de las actividades náutico-deportivas y de ocio, ya que la actual oferta se encuentra saturada en sus instalaciones específicas. No es necesario ampliar la zona de servicio para la ubicación de este tipo de instalaciones, pero se debe designar algún tramo de costa a lo largo de la actual zona de servicio para poderlas ubicar en un futuro”.

Pues bien, a partir de estas premisas no resulta conforme a Derecho, cuando todavía no están delimitadas, sino precisamente en fase de proyecto pendiente de aprobación definitiva, las superficies portuarias (y sus usos) en el Plan que a estos efectos ha de regir la ubicación de unas u otras infraestructuras e instalaciones, no es conforme a Derecho, decimos, que se otorgue un título concesional que permite por sí mismo la construcción y explotación de un puerto deportivo en la zona de ser-

vicio, alterando obvia y significativamente la configuración y el destino de buena parte de ésta.

La aprobación del plan de utilización de los espacios portuarios condiciona la suerte de las concesiones correspondientes, tanto si se trata de las existentes como de las futuras. Lo hace, decimos, incluso respecto de las concesiones que ya existan pues pueden ser rescatadas si el desarrollo del plan lo requiere (artículo 96.5) y, en todo caso, cuando resulten incompatibles con las determinaciones del plan de utilización de los espacios portuarios, deben adaptarse a él (artículo 98.1) El plan, por lo demás, supone la afectación al uso portuario de los bienes de dominio público y de los bienes patrimoniales incluidos en la zona de servicio que sean de interés para el puerto.

Pues bien, no es conforme al sentido de estas normas, en relación con los artículos 18 y 19 de la Ley 27/1992, imponer a la futura aprobación de aquel Plan de Utilización de los espacios portuarios, cuando éste se encuentra en trámite, y hacerlo como hecho consumado mediante un título concesional con duración de treinta y cinco años, la atribución exclusiva del uso deportivo a uno de aquellos espacios o zonas del puerto, hasta ahora destinados a instalación industrial.

Los planes de utilización de los espacios portuarios son, como acabamos de indicar, los instrumentos específicos para planificar y delimitar las zonas de servicio, esto es, para incluir -con vistas al futuro- aquellos espacios en que se hará efectiva la explotación de las actividades portuarias, lo que implica que el propio Plan ha de concretar y determinar los usos previstos para los distintos espacios del puerto. Dichos instrumentos, así como los planes especiales de ordenación, configuran con arreglo a las funcionalidades propias de unos y otros el planeamiento portuario, y a ellos deben atenerse las decisiones de la propia Autoridad Portuaria cuando pretenda otorgar títulos concesionales para la realización de obras de superestructura o instalaciones en los respectivos espacios. Si, como en este caso ocurre, el destino actual de unos determinados espacios es el industrial y se encuentra en tramites de aprobación el plan que permitiría una nueva asignación de usos a aquéllos, con finalidad deportiva, no cabe otorgar la concesión para construir un puerto deportivo de las características que constan en el acuerdo impugnado”.

(STS de 17 de abril de 2013. Sala 3ª, Secc. 3ª. F.D. 4º y 5º. Magistrado Ponente Sr. Campos Sánchez-Bordona)

(ROJ: STS 1748/2013. Nº Recurso: 6849/2009. <http://www.poderjudicial.es>)

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

CLÁUSULA SIN PERJUICIO DE OTROS PERMISOS

La cláusula sin perjuicio de otros permisos y licencias no está exenta de matizaciones, en los casos en que la planificación urbanística (suelo no urbanizable de especial protección) imposibilita la actividad económica pretendida.

“Ciertamente la confluencia de diferentes permisos o licencias de distintas Administraciones Públicas, o de varios órganos administrativos dentro de las mismas, sobre la misma actividad a desarrollar, precisa, con carácter general, que cada una aplique el régimen jurídico correspondiente a su ámbito sectorial, que tiene sus propios principios, su finalidad concreta y el específico interés público cuya tutela tiene encomendado. En consecuencia, se concederá el necesario permiso o licencia si concurren los presupuestos, legal o reglamentariamente establecidos, en dicha esfera sectorial, a los que se anuda su otorgamiento. En este sentido, hemos declarado, sobre la concurrencia de la autorización minera y la licencia municipal, que «cuando para la realización de una actividad se necesita la concurrencia de permisos o autorizaciones de varias entidades u organismos administrativos, cada uno con privativas y específicas competencias en razón de las finalidades de interés público que respectivamente tutelan y tales permisos se tramitan y conceden con independencia, es necesario que todos ellos concurren para que la actividad pueda desarrollarse legalmente, siendo obligación de cada entidad u órgano velar por el cumplimiento de la exigencia que a él atañe; por lo que, en casos (como el que se juzgaba en aquella sentencia) en que puedan concurrir, por una parte, la competencia de los órganos del Ministerio de Industria y Energía para el otorgamiento de la concesión minera cuando se dan los presupuestos que la condicionan, y por otra parte, la competencia de los órganos administrativos para otorgar las correspondientes licencias al objeto de que el uso del suelo no se aparte del destino previsto en el planeamiento, es necesaria la obtención de ambas autorizaciones o licencias para el ejercicio válido de la actividad, dando lugar su falta a que cualquiera de los citados entes u órganos actúen sus potestades para suspender tal actividad, posibilidad contemplada en el art. 116 de la Ley de Minas a favor del Ministerio de Industria en la esfera de la Administración Central y en el art. 184 de la Ley del Suelo a favor de las autoridades urbanísticas cuando los actos de uso del suelo relacionados en el art. 178 de dicha Ley y entre ellos el uso de los predios sea contrario al orde-

namiento; (...); o, finalmente, la STS de 4 de junio de 1986, en la que, a propósito de la confrontación de competencias entre los órganos del Ministerio de Industria y los de una entidad local sobre la viabilidad de la extracción de arena, recuerda la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1974 y 12 de julio de 1978, conforme a las cuales la necesidad de licencia municipal no impide la exigencia de otras estatales, ni éstas suplen o sustituyen aquélla, lo que determina uno de los numerosos supuestos de competencias compartidas y concurrentes y de 6 de octubre de 1977. 5 de diciembre de 1978 y 18 de abril de 1979, en las que se afirma que al Ministerio de Industria corresponde sólo comprobar si la industria cumple o no las normas industriales, sin prejuzgar en absoluto si por razones de otra índole puede o no realizarse la instalación en cuestión, de ahí que la autorización se conceda sin perjuicio de otras cuyo otorgamiento corresponda a otros organismos y, concretamente, a la autoridad municipal» (STS de 18 de marzo de 1999)»

(STS de 5 de julio de 2013. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 4º y 5º. Magistrada Ponente Sra. Tésoro Gamella).

(ROJ: STS 3987/2013. N° Recurso: 4509/2010. <http://www.poderjudicial.es>)

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

INTENTO DE NOTIFICACIÓN

Con el intento de notificación personal realizado dentro de plazo y acreditado en el expediente, se entiende cumplido el deber de notificación dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos.

El plazo máximo para notificar la resolución expresa, no es el plazo de 6 meses previsto en el citado artículo 42.2 de la Ley 30/1992, pues hay una norma con rango de ley que establece otro plazo superior. Recordemos que el citado apartado 2 del artículo 42 establece un plazo general máximo de seis meses, que admite excepciones, esto es, la fijación de plazos superiores siempre que concurra una exigencia formal: que así lo haya establecido una norma con rango de ley o la normativa comunitaria europea.

En el caso examinado, el plazo es de un año porque así lo dispone expresamente una norma con rango de ley, concretamente la disposición

adicional sexta, apartado 3º, del TR de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que establece que “ a los efectos del artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 2.6 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de modificación de la anterior, los plazos para resolver y notificar la resolución en los procedimientos regulados en esta Ley serán los siguientes: (...) 3º Procedimientos sancionadores y otras actuaciones referentes al dominio público hidráulico, un año”.

El plazo máximo de duración del procedimiento es, por tanto, de un año. En este plazo ha de dictarse la resolución y ser notificada la misma, como indica la disposición adicional antes transcrita al señalar que el plazo es para “resolver y notificar” la resolución.

Por otro lado, el” dies a quo “ se determina en el artículo 42.3.a) de la expresada Ley 30/1992, pues para el plazo previsto en dicho apartado 3, y para los del apartado 2, el plazo, en este tipo de procedimientos iniciados de oficio, se cuenta “desde la fecha del acuerdo de iniciación”.

“En definitiva, la cuestión deriva en el valor que ha de darse al intento de notificación realizado el día 22 de octubre de 2007. Dicho de otro modo, si dicha notificación frustrada, realizada antes de la expiración del plazo de un año, puede considerarse un “intento de notificación debidamente acreditado” que prevé el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, y ello a los solos efectos, como señala dicho precepto, de” entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos”, que coincide exactamente con el caso en que nos encontramos. La interpretación que venimos haciendo del expresado artículo 58.4 de la Ley 30/1992 es que se cumple tan exigencia siempre que el intento de notificación personal se realice, por cualquier procedimiento que cumpla las exigencias que señala el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, y aunque resulte infructuoso o ineficaz por cualquier circunstancia, ha de encontrarse debidamente acreditado en el expediente, como acontece en los folios 155 y 156 citados. En definitiva, tras ese intento vano de notificación, pues no se alcanza su finalidad de comunicar el contenido del acto administrativo que era el objetivo, habrá de procederse en la forma prevista en el apartado 4 del artículo 59 de la citada Ley, pero lo que ahora importa es que se entenderá realizada la notificación, y por ello cumplida dentro del plazo máximo de un año, en este caso, duración del procedimiento sancionados.

En este sentido en Sentencia de 17 de noviembre de 2003 fijamos la siguiente doctrina legal «” Que el inciso intento de notificación debidamente acreditado que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26

de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente»”.

(STS de 28 de junio de 2013. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 4º y 6º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella)

(ROJ: STS 3688/2013. N° Recurso: 601/2011. <http://www.poderjudicial.es>)
(Es preciso resaltar que la doctrina legal declarada en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2003 –citada en el texto– ha sido rectificadas posteriormente por sentencia del TS de 3 de diciembre de 2013 (Sala Tercera en Pleno), en el sentido de que “*el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en la fecha en que se llevó a cabo*”)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

MEDIOS PERTINENTES PARA LA DEFENSA

El TS acoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a utilizar los medios pertinentes para la defensa.

“La jurisprudencia sobre el derecho fundamental a utilizar los medios pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE) se resume en la sentencia del Tribunal Constitucional, STC 94/2007, de 7 de mayo, en la que se decía:

El derecho a la prueba es un derecho fundamental de configuración legal, en el que el legislador establece las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que, para entenderlo lesionado, será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, sin

que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de las normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda.

Este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado constitucionalmente este derecho en caso de denegación o inejecución imputables al órgano judicial cuando no se admiten o no se ejecutan pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica o a su valoración) causa por si misma una indefensión material relevante a efectos del recurso de amparo y, en consecuencia a efectos del artículo 88.1 c) LRJCA.

En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, es necesario que concurren dos circunstancias: por una parte, la denegación o inejecución ha de ser imputable al órgano judicial; y, por otra, la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiéndose justificar por el que se queja la indefensión que ha sufrido.

Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones: sólo en tal caso -comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado-, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional...".

(STS de 12 de julio de 2013. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 4º. Magistrada Ponente Sra. Perelló Doménech)

(ROJ: STS 4383/2013. Nº Recurso: 2253/2010. <http://www.poderjudicial.es>)

XIII. FUENTES

CIRCULAR

Frente a las pretensiones de la Administración acerca de la naturaleza de la Circular como simple Instrucción, el TS la invalida por contener determinaciones propias de las disposiciones administrativas.

Sostienen las dos entidades recurrentes en el primer motivo de sus respectivos recursos que se ha infringido el artículo 21 de la Ley 30/1992, al no haber admitido que la circular impugnada era propiamente una instrucción dirigida a los órganos administrativos de la Junta de Andalucía y haber anulado por ello dicha circular; así, según sostiene la Junta de Andalucía, la Sala juzgadora debía haber inadmitido el recurso en aplicación de lo dispuesto en el artículo 69.c) de la Ley jurisdiccional.

La alegación no puede prosperar. Tiene razón la Sala de instancia al apreciar que el contenido de la circular no se corresponde con una instrucción a los órganos administrativos de la Administración autonómica, sino que excede tal naturaleza y que, por ello, debía haber sido objeto de una disposición general propiamente tal. En efecto, el examen de la circular muestra con toda evidencia que, más allá de una simple instrucción, contiene una interpretación de diversos requisitos relativos a la inscripción definitiva de las instalaciones fotovoltaicas contenidos en el Real Decreto 661/2007 (puntos 1, a y c) y el Real Decreto 110/2007 (punto 2). Contiene también, por otro lado, instrucciones dirigidas directamente a terceros (en particular, a los promotores), no tanto a órganos administrativos, como se comprueba asimismo en varios de los puntos de la circular.

Constatado que la circular contiene semejante regulación material resulta evidente, tal como sostiene la Sala de instancia, que la Administración debía haber dictado una disposición administrativa en sentido propio (orden o decreto), no una simple circular. En consecuencia, la anulación de la circular efectuada por la Sentencia recurrida resulta conforme a derecho.

Una vez confirmada la declaración de la Sentencia recurrida de que la circular es contraria a derecho por tal causa resulta ya irrelevante el examen de si lo es su concreto contenido material, esto es, de si la interpretación contenida en la circular de las normas sobre electricidad a las que se refiere (primordialmente, el Real Decreto 661/2007) es correcta o no y de si resulta respetuosa o no con las competencias del Es-

tado. En efecto, es preciso señalar a este respecto que siendo claro y no sujeto a duda alguna que la Sentencia considera que la circular es contraria a derecho por tener eficacia *ad extra* y ha de ser anulada por ello, todas las demás consideraciones sobre la aparente vulneración de normativa estatal son a mayor abundamiento -como se comprueba en algún caso por su propio tenor literal- y no resulta necesario su examen en esta sede casacional. Por ello los motivos segundo de la Junta de Andalucía y segundo y tercero de la Asociación codemandante deban ser rechazados sin necesidad de proceder al examen de su contenido. Así, aun en la hipótesis de que pudieran tener razón en alguna de las críticas que dirigen a las afirmaciones materiales contenidas en la Sentencia -lo que en modo alguno sugerimos- el fracaso de los motivos de ambos recursos sobre la naturaleza de la circular y la conformidad a derecho de la anulación de la misma por la razón antedicha harían intrascendente dicha circunstancia.

(STS de 30 de julio de 2013. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Espín Templado)

(ROJ: STS 4381/2013. Nº Recurso: 6205/2010. <http://www.poderjudicial.es>)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

CONTROL DE LA INACTIVIDAD

El TS recuerda las características concretas de la inactividad de la Administración ex artículo 29.1 LJ y con ello el alcance y límites del ejercicio de acciones contra la misma.

El segundo motivo de casación, basado en la infracción del artículo 29.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en conexión con el artículo 24.1 de la Constitución, no puede prosperar, pues no compartimos la tesis argumental que postula la defensa letrada de la mercantil recurrente de que la Sala de instancia ha apreciado indebidamente los requisitos exigidos para el ejercicio de las acciones contra la inactividad administrativa, en cuanto estimamos que su decisión de inadmisión no se basa en el argumento -como erróneamente se aduce- de que se considera el hecho de haberse recibido una respuesta negativa de la Dirección General de Política Energética y Minas, comporta que resulte improcedente el ejercicio de dicha ac-

ción procesal, sino en la valoración de que los derechos económicos que se reclaman, derivados del cumplimiento del Plan de Viabilidad aprobado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2007, están supeditados a que la Comisión Europea declare que las aportaciones controvertidas son compatibles con el mercado interior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que obliga al Estado miembro interesado a no poder ejecutar las ayudas proyectadas hasta que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.

Al respecto, cabe señalar que en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2011, con cita de los argumentos expuestos en la precedente sentencia de 14 de diciembre de 2007, hemos significado el alcance y límites del ejercicio de acciones contra la inactividad administrativa establecidos en el artículo 29 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con lo dispuesto en los artículos 32.1 y 71.1 c) LJCA, en los siguientes términos:

« [...] Resulta significativo recordar, como canon autorizado de interpretación de la disposición legal que analizamos, que la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, expone el significado procesal del recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, contemplado en su artículo 29.1, y delimita su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

« Largamente reclamado por la doctrina jurídica, la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. *De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el «cuando» de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquella. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén*

establecidas. El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad ».

La jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo reconoce el carácter singular del procedimiento de control de la inactividad de la Administración establecido en el artículo 29.1 de la Ley jurisdiccional, al sostener que no constituye un cauce procesal idóneo para pretender el cumplimiento por la Administración de obligaciones que requieren la tramitación de un procedimiento contradictorio antes de su resolución.

Así, en la sentencia de esta Sala de 14 de diciembre de 2007 dijimos: « Así, a tenor del artículo 29.1 citado para que pueda hablarse de inactividad administrativa es necesario que la Administración este obligada a desplegar una actividad concreta que este establecida directamente por una disposición general, o un acto, contrato o convenio administrativo y de la cual sean acreedoras una o varias personas determinadas. Ahora bien, cuando existe un cierto margen de actuación o apreciación por la Administración o cuando la disposición general que impone la obligación exija un acto concreto de aplicación no será posible la admisión del recurso contencioso administrativo contra la inactividad material de la Administración consistente en que no ha dictado el acto aplicativo exigido por la disposición general sino que, en estos casos en defensa de los derechos e intereses legítimos afectados, los administrados podrán interponer recurso contencioso administrativo frente a los actos expresos o presuntos en virtud de la técnica del silencio administrativo negativo respecto de los cuales se impone un régimen de recursos y de plazos de interposición distintos del exigido para los supuestos de impugnación de la inactividad material de la Administración ».

Y en la sentencia de 1 de octubre de 2008 (RC 1698/2006), hicimos las siguientes consideraciones jurídicas:

« A tenor del art. 29.1 de la Ley de la Jurisdicción, y como recuerda la sentencia de esta Sala de 14 de diciembre de 2007, para que pueda hablarse de inactividad administrativa a efectos de dicho precepto, es necesario que la Administración esté obligada a desplegar una actividad concreta que esté establecida. directamente por una disposición general, o un acto, contrato o convenio administrativo, y de la cual sean acreedoras una o varias personas determinadas.

Como declaramos en sentencia de 18 de febrero de 2005, el art. 29 de la Ley Re-

guladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio, introdujo una importante novedad en el proceso contencioso-administrativo, impli-cando dicho art. 29 la concreción de la previsión contenida en el núm. 2 del art. 25 de la misma Ley en cuanto establece la posibilidad de recurso contra la inactividad de la Administración en los términos establecidos en esa Ley.

La exposición de motivos de la norma expresa que «Largamente reclamado por la doc-trina jurídica, la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de ofi-cio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dila-ciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judicia-les sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el de-recho, incluida la discrecionalidad en el «quando» de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de ac-tividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos tér-minos en que estén establecidas. El recurso contencioso-administrativo, por su natura-leza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia ad-ministrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad».

La sentencia antes citada de 14 de diciembre de 2.007, excluye de la posibilidad de la aplicación de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción, el supuesto en que exista un margen de actuación u apreciación por la Administración o cuando la disposición general que impone la obligación de actuar exija un acto concreto de apli-cación, en cuyo supuesto y, según afirma esa sentencia, no será posible la admisión del recurso contencioso administrativo contra la inactividad material de la Administración consistente en que no se ha dictado el acto aplicativo exigido por la disposición gene-ral, sino que, en estos casos, en defensa de los derechos e intereses legítimos afectados, los administrados podrán interponer recurso contencioso administrativo frente a los ac-tos expresos o presuntos en virtud de la técnica del silencio administrativo negativo, respecto de los cuales se impone un régimen de recursos y de plazos de interposición distintos del exigido para los supuestos de impugnación de la inactividad material de la Administración. Y la también citada sentencia de 18 de febrero de 2.005 pone de relieve el ámbito de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción, entendi-endo restringidos los supuestos en los que es posible acudir a la vía contencioso admi-nistrativa al amparo del precepto que, según resulta de su propia redacción y los an-tecedentes de su tramitación parlamentaria, contiene un ámbito legalmente limitado.

Efectivamente, la norma invocada como infringida exige que una disposición, acto, contrato o convenio establezca una prestación de forma clara y concreta en favor de una persona determinada, y sólo será la misma la que podrá acudir, ejercitando el derecho que dicha norma le atribuye, a exigir de los tribunales, la adopción de las medidas concretas que impongan a la Administración la efectividad de la actividad omitida.

Como recuerda la sentencia de 24 de julio de 2000, «para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación, con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y que, además, el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la Administración, de modo que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración, sino que, en el supuesto del artículo 29 lesionado por esta inactividad, ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquel tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general.»».

(STS de 16 de septiembre de 2013. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Andrés Sánchez-Cruzat)

(ROJ: STS 4502/2013. N° Recurso: 3088/2012. <http://www.poderjudicial.es>)

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

CADUCIDAD

La figura de la caducidad del procedimiento viene referida a la producción de actos o resoluciones administrativas, no a los procedimientos de aprobación de disposiciones de carácter general como son los planes de ordenación territorial, no constituyendo en tales casos un plazo legal de carácter esencial.

“El motivo segundo, en cambio, en que la Junta de Andalucía invoca la infracción de diversos preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (artículos 49,44,62.2, 63 y 92.4), alegando que el instituto de la caducidad no resulta aplicable al procedimiento de aprobación del Plan aquí controvertido, atendiendo a su propia literalidad, no puede ser acogido.

En efecto, al respecto decíamos en nuestra STS de 8 de marzo de 2012 en su FD 5º

“Al analizar este motivo debemos destacar, como hemos hecho en la STS de 8 de marzo de 2012, que, a diferencia de lo que sucede en una anterior sentencia de la Sala de instancia referida al mismo Plan de Ordenación aquí controvertido -sentencia de 6 de marzo de 2008 (recurso contencioso-administrativo 47/2007)- de la que nos hemos ocupado en nuestra sentencia dictada hoy mismo en el recurso de casación 2305/2008, que la sentencia aquí recurrida no invoca el instituto de la caducidad del procedimiento para fundamentar el pronunciamiento anulatorio. De ahí que nuestros razonamientos al resolver uno y otro recurso de casación sean en parte diferentes, aunque el resultado final sea el mismo.

En efecto, como hemos visto en los dos apartados anteriores, la sentencia aquí recurrida fundamenta su pronunciamiento anulatorio en la esencialidad del plazo de un año fijado por la propia Administración; y ello debido a una supuesta -pero no acreditada- alteración de las características que inicialmente se tuvieron en cuenta, y al hecho de haber permanecido un largo tiempo sin respuesta una serie de expectativas e inquietudes y sin concretarse los efectos de la decisión de la Administración en el diseño urbanístico ni su incidencia sobre el derecho de propiedad. La Sala de instancia no aplica ningún precepto de la Ley 30/1992 de los que ahora en casación se citan como infringidos, ni analiza los efectos del incumplimiento del plazo en relación con el instituto de la caducidad, lo que conlleva la desestimación del motivo de casación pues los preceptos invocados no han sido relevantes ni determinantes del fallo.

No obstante, llegados a este punto, resulta conveniente recordar que la figura de la caducidad del procedimiento administrativo (artículos 43.4 y 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en su versión original, o artículo 44.2 tras su reforma por Ley 4/1999, de 13 de enero) viene referida a los procedimientos de producción de actos o resoluciones administrativas, no a los de aprobación de disposiciones de carácter general -pueden verse en este sentido las sentencias de esta Sala de 13 de octubre de 2011 y 17 de noviembre de 2010. Por esa razón, y conforme a la legislación sectorial de la ordenación territorial y urbanística, los efectos que genera la demora o inactividad de la Administración en la tramitación de un instrumento de ordenación no son los de la caducidad del procedimiento sino los del silencio administrativo, positivo o negativo según los casos.

Conclusión que se refuerza si se considera la finalidad a la que responde el referido plazo de un año fijado en el acuerdo de incoación del expediente, que no es otra que la de apremiar a los distintos órganos responsables de la elaboración del Plan de Ordenación del Territorio para que, con su rápida aprobación, los intereses públicos a los que da cobertura dicho Plan se vean satisfechos con prontitud. La anulación del Plan por la mera superación de ese plazo produciría precisamente el resultado contrario al que se pretendió con la fijación del plazo, generando un retraso aún mayor

en la satisfacción de esos intereses públicos, lo que no dejaría de ser un absurdo (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1992, 14 de octubre de 1996 y 27 de marzo de 1998.

Por otra parte, aún en la hipótesis de que no se tratase aquí de una disposición de carácter general, — que sí lo es —, se alcanzaría la misma conclusión, —inexistencia de caducidad del procedimiento en el que se aprobó el Plan de Ordenación del Territorio de la Bahía de Cádiz— si se tiene en cuenta que, atendiendo a la fecha de incoación del expediente (10 de mayo de 1994), tampoco operaría el régimen de la caducidad regulado en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en su redacción originaria, anterior a la Ley 4/1999, que sería la aplicable al caso), por cuanto dicho precepto sólo se refería a los expedientes no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos; y en ningún caso era de aplicación a los procedimientos que —como son los relativos a la aprobación de instrumentos de ordenación del territorio—, se dirigen precisamente a producir efectos favorables para el bienestar de los ciudadanos. Pueden verse en este sentido las sentencias de esta Sala de 23 de marzo de 2011 y 30 de septiembre de 2011 entre otras muchas”.

Dando por reproducidas estas consideraciones, nuestra STS de 8 de junio de 2012 en su FD 6º alcanza la misma conclusión. Al igual que lo hace, más recientemente, nuestra TS de 29 de junio de 2012 en su FD. 9º.

De la argumentación expuesta sigue, así, pues, que tampoco podemos acoger, como adelantamos, este motivo de casación en el supuesto sometido ahora a nuestra consideración. No cabe entender como vulnerados los preceptos legales invocados por la resolución recurrida (artículos 49, 44, 62.2, 63 y 92.4 de la Ley 30/1992), por la llana y simple razón de que tales preceptos no han sido empleados por dicha sentencia en sus fundamentos.

Ahora bien, se impone en este caso efectuar dos consideraciones adicionales. En primer lugar, en efecto, cumple agregar a este respecto que los preceptos invocados en el recurso regulan la figura de la caducidad, cuya aplicación en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales no está exenta de dificultades, al igual que otras instituciones también previstas en la LRJAP-PAC, aunque inicialmente para los procedimientos dirigidos a la aprobación de actos administrativos.

Y, asimismo, y en segundo lugar, lo que todavía es más relevante. También ha de indicarse, en efecto, que, más allá de la caducidad, de la misma doctrina antes reproducida sigue igualmente que la Junta de Andalucía no ha incurrido en infracción jurídica, al proseguir la tramitación del procedimiento de aprobación del POT, más allá del plazo de un año establecido inicialmente mediante un acto propio por ella

misma, en tanto que dicho plazo no tiene carácter esencial ni está expresamente contemplado como tal en norma jurídica alguna -menos aún, de rango legal-.

En realidad, así las cosas, en el recurso de casación, bajo distinta cobertura argumental, pretende llegar a alcanzarse el mismo resultado práctico que con la invocación de una supuesta caducidad en el procedimiento.

Razón por la cual, al margen de la desestimación estricta del motivo del recurso en este caso, han de tenerse presente las consideraciones transcritas en este Fundamento, de cuya doctrina se concluye igualmente la inviabilidad de aceptar el transcurso del plazo establecido por la Junta de Andalucía como el incumplimiento de un plazo legal de carácter esencial, que por ello mismo habría de impedir supuestamente la prosecución del procedimiento”

(STS de 26 de julio de 2013. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Suay Rincón)

(ROJ: STS 4206/2013. Nº Recurso: 643/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

XX. RESPONSABILIDAD

DAÑO CONTINUADO Y DAÑO PERMANENTE

La distinción posee un efecto práctico en orden a la prescripción o no de la acción. Daños continuados son los que no permiten conocer aún los efectos definitivos del quebranto. Daños permanentes son aquéllos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aún cuando perdure en el tiempo el resultado lesivo.

La sentencia que es objeto de este recurso de casación para la unificación de doctrina desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la propietaria de dos lagunas afectadas por la Ley andaluza 2/1.987, de 2 de abril, de declaración de doce lagunas como reservas integrales de interés zoológico en la provincia de Cádiz, solicitando una indemnización como consecuencia de las rentas dejadas de obtener por los aprovechamientos agrícola, cinegético, piscícola y turístico de las fincas de su propiedad durante los ejercicios 2005/06 y 2006/07.

Como consecuencia de esta Ley y de su expresa previsión acerca del carácter resarcible de las limitaciones a la propiedad impuestas por ella (art. 6.2.) se presentaron reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los propietarios de los terrenos afectados, solicitando la correspondiente indemnización. La particularidad del caso radica en que estas reclamaciones no se presentaron una sola vez, cuantificando la totalidad de los daños causados, sino de manera sucesiva, liquidando los perjuicios que se entendían ocasionados por anualidades o campañas agrícolas. Y la Sala de este Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con sede en Sevilla, partiendo de la conceptualización de tales daños como “daños continuados”, admitía esas reclamaciones (o más exactamente, los recursos interpuestos contra las desestimaciones expresas o presuntas de la Junta de Andalucía) y estimaba esos recursos, condenando a la Administración a abonar las correspondientes cantidades por pérdida de rentas, año tras año.

Sin embargo como consecuencia de una de esas reclamaciones, la que dio lugar al recurso contencioso-administrativo 852/2008, la Sala de Sevilla modificó de manera motivada su criterio, y pasó a considerar que los daños que se reclamaban en estos casos eran “daños permanentes”, y no “daños continuados” como habla considerado hasta entonces. Y ello le llevó a entender que las reclamaciones que se estaban presentando tantos años después del hecho causante o generador del daño (la publicación y entrada en vigor de la Ley 2/1.987) estaban prescritas por aplicación del art. 142.5 de la Ley 30/1.992, que fija el plazo de prescripción de un año a contar desde el evento lesivo.

Y la sentencia aquí recurrida mantiene este nuevo criterio, hasta el punto de que resuelve la reclamación remitiéndose íntegramente a la sentencia dictada en aquel recurso 852/2008, de fecha 18 de noviembre de 2.010.

Ello hace que la recurrente acuda a este recurso de casación para unificación de doctrina citando como sentencias de contraste varias de las que dictó la Sala de Sevilla (Secciones Primera, Segunda y Tercera) antes de ese cambio de criterio ocurrido en 2010.

La respuesta a este recurso extraordinario ha de ser coincidente con la dictada por la sección tercera de esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo el día 23 de octubre de 2012 (recurso de casación para unificación de doctrina nº 3964/2011), en el que se resolvió exactamente la misma cuestión a raíz del recurso interpuesto por la propietaria de otras lagunas afectadas por aquella Ley andaluza 2/1987. Transcribimos a continuación los argumentos en ella empleados:

Esta configuración, tan peculiar, del caso que nos ocupa hace que no haya lugar a discusión en cuanto a la concurrencia de la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos exigida por el artículo 96.1 LJ-CA EDL1998/44323 para la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina. Es más que evidente que concurren aquellas tres identidades desde el momento en que la sentencia recurrida manifiesta que debe “reconsiderar” y “apartarse” de su anterior criterio, pasando a considerar que son “daños permanentes” los que antes consideraba “daños continuados” en reclamaciones absolutamente idénticas a la que en ese caso concreto examinaba (reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por los propietarios de terrenos afectados por la Ley 2/1.987 solicitando ser indemnizados por la pérdida de rentas producidas en periodos de tiempo transcurridos varios años después de haber entrado en vigor aquella Ley).

La propia Administración recurrida reconoce que se trata de “un caso paradigmático para unificación de doctrina, pues el mismo Tribunal de instancia expresa que en supuestos anteriores ha reconocido el derecho a ser indemnizado por pérdidas de rentas en las lagunas declaradas reservas integrales”.

No hay ninguna razón, por tanto, para no admitir este recurso. La existencia de pronunciamientos contradictorios es evidente y corresponde a este Tribunal unificar esa disparidad de criterios.

Dicho lo anterior, debe matizarse inmediatamente que, como atinadamente advierte la letrada de los servicios jurídicos de la Administración recurrida, las únicas sentencias de contraste que aquí admitimos como tales son las dictadas por la Sala de Sevilla, contradictorias entre sí. Decimos esto porque el escrito de interposición cita, junto a ellas, otras cuatro sentencias, éstas de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, en las que se examinan supuestos más o menos semejantes a este que nos ocupa, pero que no se pronuncian sobre la concreta cuestión aquí debatida, que es, según ha quedado ya expuesto, la de si los daños causados por la declaración legal de espacios protegidos son daños continuados o permanentes. O cuando se pronuncian sobre la distinción entre daños permanentes y daños continuados lo hacen en un contexto distinto. Así:

La sentencia de 7 de febrero de 1.997 (recurso contencioso-administrativo 219/1.995), a la que se remiten buena parte de las sentencias aquí confrontadas, sí trata la distinción entre daños permanentes y daños continuados. Y concluye que los daños que allí examinaba eran continuados. Pero en aquel caso se trataba de reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por determinadas empresas como consecuencia de la supresión anticipada de los derechos de aduana entre España y el resto de países de la Unión Europea. Y lógicamente la cuantificación de aquellos daños (por la obligada rebaja de los precios al poder comercializarse en España productos extranjeros no gravados por arancel) estaba condicionada al nivel de ven-

tas de las empresas recurrentes durante el tiempo en que aquellos aranceles habrían debido estar en vigor según el Acta de Adhesión pero no lo estuvieron por el anticipo en su supresión. Por eso se consideraron continuados esos perjuicios que se reclamaban, porque no pudieron cuantificarse en el momento de la supresión. En el caso que aquí examinamos, por el contrario, no es que haya que esperar a un determinado momento futuro (“certus an et certus quando”) para cuantificar los daños causados y poder reclamarlos; es que estos daños se generan, según la tesis de la recurrente, año tras año, de manera indefinida y sin límite de tiempo. Por lo que no tiene nada que ver con el caso resuelto por aquella sentencia.

Por lo que respecta a la sentencia de 20 de enero de 1.999 (recurso de casación 5.350/1.994), ésta se pronuncia sobre si procede o no la indemnización como consecuencia de la privación o limitación de los derechos del propietario derivada de la declaración por Ley de unos terrenos como espacios protegidos (Parque Natural de Monfragüe, en Extremadura). Esta es, efectivamente, la cuestión de fondo que subyace en la reclamación resuelta por la sentencia que es objeto de este recurso. Pero lo que aquí se discute no es, al menos de momento, el carácter resarcible de esas limitaciones legales (aquí indiscutible por expresa declaración del art. 6.2 de la Ley 2/1.987), sino si esos daños son permanentes o continuados. Y sobre esta cuestión no se pronunció aquella sentencia, por lo que tampoco es aplicable al caso.

Y por último, en las otras dos sentencias que la parte cita (sentencias de 1 de julio de 2.005, recurso de casación 4.225/2.000, y de 30 de septiembre de 2.005, recurso de casación 56/2.002) lo que se discutía era si determinados derechos y frutos de los propietarios de fincas afectadas por la declaración de Parque Nacional de Doñana estaban incluidos en el justiprecio del expediente de expropiación forzosa a la que aquellas estaban siendo sometidas, alcanzándose en ambas la conclusión de que esos determinados derechos -cuya identificación no viene aquí al caso- no estaban incluidos en el justiprecio y que, por tanto, su privación o limitación debía indemnizarse por otra vía, la de la responsabilidad patrimonial. Pero en ninguna de esas dos sentencias se planteó ni examinó la cuestión de si esa privación de derechos entrañaba un daño permanente o continuado, ni de la prescripción de la acción para reclamar puesto que tampoco es aplicable a este caso.

Es decir, que estas cuatro sentencias en ningún caso resultan contrariadas por la sentencia recurrida, sencillamente porque no se refieren a la cuestión aquí debatida.

Una vez delimitado el objeto de debate en este recurso de casación para la unificación de doctrina es claro que el mismo se ciñe, exclusivamente, a determinar si los daños producidos como consecuencia de las limitaciones que la Ley 2/1.987 impone a los propietarios de los terrenos afectados por la declaración de espacios protegidos que aquella contiene -y que son indemnizables de acuerdo con el art. 6.2 de la misma Ley- pertenecen a la categoría de los “daños continuados”, como entendieron las sentencias de contraste, o a la de los “daños permanentes”, como entendió la sentencia recurrida.

Y la respuesta a esta cuestión ha de venir de la mano de la razón de ser de esa distinción efectuada por la jurisprudencia. Este Tribunal ha distinguido, efectivamente, entre daños permanentes y daños continuados entendiéndose por los primeros aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aún cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, en tanto que los segundos, los daños continuados, son aquellos que en base a una unidad de acto se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad” (sentencia de 7 de febrero de 1.997, ya citada, a la que se remiten casi todas las sentencias de la Sala de Sevilla aquí confrontadas).

Pero esta distinción no es tanto conceptual o teórica como práctica. Se hace a los solos efectos de decidir si una acción está prescrita o no, para lo que se atiende al momento a partir del cual pudieron valorarse la totalidad de los perjuicios causados por un determinado evento lesivo. Por eso, para clasificar un daño en una u otra categoría, se atiende al momento en que pueden valorarse o cuantificarse esos perjuicios. Así se dice con toda claridad, por ejemplo, en la sentencia de 15 de febrero de 2.011, dictada en el recurso de casación 1.638/2.009, con cita de otras. Dice esta sentencia -pronunciándose sobre las lesiones físicas a las que normalmente se aplica aquella distinción- que son “daños continuados” aquellos que no permiten conocer aún los efectos definitivos del quebranto y en los que, por tanto, el “dies a quo” del plazo para recurrir será aquél en que ese conocimiento se alcance; y que son “daños permanentes” los que se refieren, por el contrario, a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas consecuencias resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo, así, cuantificables, de suerte que los tratamientos paliativos ulteriores, encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.

Aquí se puede comprobar que, como decimos, la distinción entre daños continuados y permanentes lo que pretende es dar una respuesta a aquellos casos en los que no es posible valorar todos los perjuicios causados en el momento en que se produce el hecho generador del daño y en los que, por tanto, no puede tomarse esa fecha como “dies a quo” del plazo para reclamar. Y que, desde luego, no es una distinción trazada en razón del carácter definitivo o perdurable del daño, pues tanto los daños “continuados” como los “permanentes” tienen esa naturaleza. Quiere ello decir que el hecho de que se prive al propietario de manera definitiva -o cuando menos, indefinida- de un derecho (el derecho a cazar, pescar y explotar la finca de otras formas), y el hecho de que, lógicamente, ese perjuicio se produzca todos los días y todos los años que dure esa situación (en los que no se podrá cazar, pescar, cultivar, etc), todo ello no conlleva, sin más, que el daño sea de carácter “continuado”. Lo será si la cuantificación de todos los daños derivados de esa privación legal no pudo hacerse en el momento de promulgarse la Ley. Pero si pudieron determinarse y calcularse en esa fecha, entonces son daños de los que hemos llamado “permanentes”.

Y en el caso que examinamos resulta claro que los perjuicios derivados de esa privación legal podían haberse calculado ya desde un primer momento, de la misma manera que se cuantifica de una sola vez la privación definitiva del derecho de propiedad (o de cualquier otro) en los expedientes de expropiación forzosa, a pesar de que el propietario se ha visto privado de la finca de manera definitiva. La prueba de que este cálculo era posible es que desde aquella declaración legal no ha ocurrido nada que haya modificado un ápice la situación del propietario, o que haya condicionado de un modo u otro los parámetros o criterios que podrían haberse utilizado ya en aquel momento para calcular los perjuicios causados (salvo el transcurso del tiempo, claro, pero esto es inevitable y previsible y, además, consustancial a los daños “permanentes” y a los “continuados”, según ha quedado ya suficientemente explicado). Todo ello hace que deba reputarse correcta la interpretación que, cambiando el criterio anterior seguido por la propia Sala, ha mantenido la sentencia recurrida. Lo que nos lleva a declarar que no ha lugar al presente recurso de casación”.

(STS de 26 de julio de 2013. Sala 3ª, Secc. 6ª. F. D. 1º y 2º. Magistrado Ponente Sr. Fonseca-Herrero Raimundo)

(ROJ: STS 4440/2013. Nº Recurso: 6397/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(*)

VIII. CULTURA, EDUCACIÓN Y PATRIMONIO HISTÓRICO

Competencias del Estado, Comunidad Autónoma y Entidades locales en materia de Patrimonio Histórico Andaluz. Casco Histórico de Almuñécar.

El objeto de este procedimiento viene constituido por la impugnación que hace la parte recurrente de la desestimación, primero por silencio administrativo y luego por Orden de fecha 8 de julio de 2005, del requerimiento de nulidad, previo al ejercicio de la acción contencioso administrativa, formulado por el Ayuntamiento de Almuñécar, contra la resolución del Director General de Bienes Culturales de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, para la paralización de varias obras que se estaban realizando en diversos inmuebles situados en el casco antiguo de Almuñécar, referido al sito en la calle San Miguel Alta 10.

La parte recurrente, en su escrito de demanda, solicita la estimación del recurso, declarando la nulidad del acto administrativo recurrido, justificándolo en las siguientes argumentaciones:

Efectuada la transferencia de competencias a favor de la Comunidad Autónoma en materia de patrimonio monumental de interés de la misma, y aprobados varios Decretos autonómicos reguladores de la referida materia, así como la Ley autonómica 1/91 del Patrimonio Histórico de Andalucía; sin embargo, la resolución impugnada procede a aplicar normativa estatal, concretamente la Ley 16/85 del Patrimonio Histórico español, que no debió aplicarse.

La medida de paralización de las obras es ilegal e improcedente porque no se halla delimitado el casco antiguo de la ciudad de Almuñécar, ya que si bien es declarado el casco antiguo conjunto histórico artístico, sin embargo no se fija exactamente la delimitación del mismo. Así, al no existir clara constancia de que la casa cuya construcción se ha pa-

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO ISERN.

realizado por la Junta de Andalucía se encuentre dentro del casco antiguo de la ciudad, no puede estimarse como válida y lícita dicha actuación autonómica. Además, mientras no se publique en algún boletín oficial la delimitación de dicho casco antiguo, no se puede fundamentar en esto una medida tan grave como la paralización de la obra.

No se necesita la previa autorización de Cultura cuando se ha cumplido la prescripción del artículo 20.1 de la Ley 16/85, cuando el municipio ha aprobado un instrumento de planeamiento sobre la protección del área afectada por la declaración como bienes de interés cultural. Y concretamente Almuñecar cuenta con PGOU cuyo Tomo IV establece referencia detallada y exhaustiva a los inmuebles a proteger dentro de la ciudad de Almuñecar, lo que provoca que cuando se solicita una licencia de obra sobre los mismos, los servicios técnicos municipales informen sobre la posibilidad o no de conceder la autorización. Con esta normativa específica municipal sobre protección de inmuebles de interés cultural, ya no es obligatoria la resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados.

La resolución impugnada vulnera el principio de autonomía municipal, de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de igualdad.

La Administración, en su contestación, alegó en primer lugar la incompetencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Granada ante el que se estaba tramitando el recurso, que quedó resuelta con la remisión de los autos a esta Sala y la aceptación de su competencia por auto de 15 de febrero de 2007. Asimismo, cita dos motivos de oposición que, en puridad de términos serían causas de inadmisibilidad (aunque no se mencionan como tales): que el recurso se interpone contra acto firme, ya que interpuesto inicialmente frente a la desestimación tácita del requerimiento de nulidad no se ha ampliado a la resolución expresa, y falta de legitimación del Ayuntamiento, ya que la paralización se dirige contra el promotor de las obras.

Respecto del fondo del asunto, la Administración demandada se opone a la tesis de la actora, con el argumento de que la obra está protegida por el Real Decreto 2235/1976, que declara el casco histórico de Almuñecar conjunto Histórico Artístico, al encontrarse en las inmediaciones del Castillo de San Miguel, el cual constituye el núcleo mismo del casco antiguo, sin que la falta de fijación de los límites determine la ineficacia de la protección instaurada por la legislación referida, además de que la citada exigencia de delimitación fue establecida posteriormente en la Ley 16/1985. Igualmente se opone a la alegación sobre la inadecuación de la legislación aplicable, ya que de acuerdo

con la Disposición Adicional Primera de la Ley 16/1985, es aplicable a este caso el Título II, artículos 14 a 25, y Título IV, artículos 35 a 39 de la misma Ley, siendo necesaria la autorización de la Administración Autónoma de acuerdo con los artículos 20.3 y 23 de la Ley 16/1985 , en relación con el artículo 27 del Decreto 4/1993, de 26 de enero .

Todas las cuestiones suscitadas en este recurso han sido objeto de examen en las recientes sentencias de esta Sala, Sección Tercera, números 894/2013 (de 4 de marzo de 2013, recurso 345/2007) y 1200/2013 (de 25 de marzo de 2013, recurso 2253/2007) y de esta Sección Primera, números 1108/2013 (de 25 de marzo de 2013 recurso 569/2007) y 1111 /2013 (de 25 de marzo de 2013, recurso 599/2007). En todas ellas se desestiman recursos sustancialmente idénticos al que nos ocupa, referidos a órdenes de paralización de obras situadas en otros inmuebles del casco histórico de Almuñécar.

Las causas de inadmisibilidad alegadas por la Administración demandada no pueden ser acogidas, siguiendo el criterio de las citadas sentencias de la Sección Tercera: respecto de la primera, la interposición del recurso que aquí nos ocupa se produjo en mayo de 2005, acumulados todos los recursos en uno solo que fue objeto de requerimiento de desacumulación por el Juzgado, y no fue sino con posterioridad cuando la Administración resolvió (en fecha 8 de julio de 2005) de forma expresa aquel requerimiento, y lo hizo para desestimar igualmente el mismo, cuya desestimación ya había sido recurrida. La actora, siguiendo el iter de los autos, incorpora en el siguiente trámite procesal tal desestimación expresa, al referirse a ella en la demanda para combatir los argumentos de la misma, sin que quepa entender de la lectura de la demanda que se ha producido un consentimiento de aquella desestimación.

Pero, más allá de tal incorporación, es lo cierto que no puede admitirse que el actor haya consentido en ningún momento la desestimación del requerimiento de nulidad presentado por el mero hecho formal de no haber solicitado la acumulación a la desestimación expresa, porque la mera ausencia de este trámite formal no puede dejar sin efecto el ejercicio de la acción contra aquella desestimación de su pretensión ni entenderse consentida una desestimación posterior, siendo en el siguiente trámite procesal (la demanda) incorporada ya por la actora, tal y como es de ver de las actuaciones. El análisis de tal defecto, que ha de calificarse de meramente formal pero no material, de estimarse incidiría en la tutela judicial efectiva pues la desestimación presunta recurrida y la expresa no hacen sino expresión de una misma voluntad administrativa, que es la que ha sido recurrida.

Tampoco podemos acoger la segunda causa de inadmisibilidad alegada y referida a la falta de legitimación activa del Ayuntamiento demandante, por no dirigirse contra el mismo la orden de paralización, sino contra el promotor de la obra; sin embargo, la propia Administración demandada resolvió la solicitud e impugnación de las distintas ordenes de paralizaciones de obras (entre ellas la que se refiere en este procedimiento) de la recurrente entrando a conocer de las cuestiones de fondo planteadas, sin que se acordara la inadmisión del mismo por falta de legitimación activa, ni se hiciera referencia alguna a la posible falta de capacidad en la resolución recurrida, por lo que no cabe alegar válidamente en esta vía jurisdiccional dicha causa de inadmisibilidad que supondría para la Administración demandada ir contra sus propios actos.

Asimismo, siguiendo las tesis expuestas en las mencionadas sentencias de esta Sección, también deben rechazarse los argumentos de fondo invocados por el Ayuntamiento recurrente: el casco antiguo de Almuñécar fue declarado conjunto histórico mediante Real Decreto 2235/76, de 24 de agosto, que fue publicado en el BOE de 23 de septiembre de 1976, teniendo código del Ministerio de Cultura R-I-53-0000208, pero también se encuentra inscrito en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, en virtud de la Disposición adicional tercera de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre de Patrimonio Histórico de Andalucía. Que el Estado haya procedido a declarar la zona como bien de interés cultural, no impide que la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias, cuales son la tutela y salvaguarda del Patrimonio Histórico Andaluz, cuya competencia corresponde a la Comunidad Autónoma Andaluza conforme al artículo 13 números 26, 27 y 28 del Estatuto de Autónoma, pueda proceder a desarrollar la actividades oportunas en relación a un bien de características histórico-artísticas, acordando su inscripción en el catálogo correspondiente de la Junta de Andalucía. Y además, no obsta al ejercicio de esta facultad el hecho referido en el escrito de la demanda sobre que el régimen jurídico previsto para el patrimonio histórico español y para el patrimonio histórico andaluz es diferente (sobre todo en lo que respecta a la fijación de limitaciones, restricciones o usos del los bienes insertados en dicho patrimonio). Así, efectivamente, el artículo 20 de la Ley del Patrimonio histórico español obliga a los municipios a redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración de Conjunto Histórico, cuya aprobación exige el informe favorable de la Administración competente y un extremado rigor en los requisitos que debe de contener, pues viene a establecer las restricciones de uso en relación a

los bienes afectados por tal declaración. Sin embargo, en el ámbito normativo autonómico las restricciones referidas se establecen por la propia Administración de cultura que procede a efectuar la declaración, sin remitir el establecimiento de esas limitaciones a otra Administración, como es la local (aunque, como se ha señalado, en el caso del patrimonio histórico español, si bien es cierto que las restricciones se deben contener en el plan especial de protección a aprobar por el correspondiente ente local, esta aprobación exige el informe favorable de la Comunidad autónoma, con lo que se cierra el círculo competencia! en la concurrencia de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio histórico artístico, pues, aún en relación a los bienes de tal consideración del Estado, la Comunidad autónoma interviene en el proceso de fijación de los usos y aprovechamientos posibles para los mismos).

Por ello, tanto en una normativa como en otra (estatal o autonómica) la intervención de Cultura está determinada y exigida, y precisamente en un caso como en el que se enjuicia, cual es en el que el Plan de especial protección no ha sido aprobado por el ayuntamiento correspondiente, y en el que tampoco puede entenderse que el PGOU correspondiente establece una regulación específica sobre la protección que haya de darse a los bienes de interés cultural, debe ser de plena aplicación el régimen de autorizaciones que establece la Ley 16/85, tal y como declara específicamente el artículo 20.3 de la citada Ley del Patrimonio histórico español, al señalar que hasta la aprobación definitiva de dicho Plan, el otorgamiento de licencias precisará resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados que, en este supuesto, es la Junta de Andalucía, en virtud de las correspondientes transferencias de competencias.

También se cuestiona por la parte recurrente que no está clara la constancia de que el inmueble donde se realizan las obras paralizadas por la Junta de Andalucía se encuentre dentro del casco antiguo de la ciudad, no pudiendo estimarse con ello válida y lícita dicha actuación autonómica, aludiendo que no existe un acto administrativo de delimitación del referido casco antiguo. Sin embargo, a pesar de la ausencia de tal delimitación, la parte recurrente no contrapone nada en relación al informe, obrante al inicio del expediente administrativo, emitido por el arqueólogo de la Delegación Provincial de Cultura de en el que precisa efectuar “visita de inspección al inmueble que se encuentra dentro del conjunto histórico de Almuñécar, declarado bien de interés cultural por Real Decreto 2235/76”.

Por otro lado, no es que el ente local no aporte plano o mapa del que

pueda deducirse que el inmueble en cuestión no se inserta en el referido casco antiguo, sino que, consta que la referida calle, donde se realizan las obras objeto de la paralización, se ubica en el sector “casco antiguo”, de conformidad con la revisión y actualización que del PGOU ha efectuado el propio Ayuntamiento; motivos por los que ha de rechazarse esta argumentación esgrimida por la parte recurrente.

Por todas las razones expuestas, el recurso debe ser desestimado, declarándose ajustada a derecho la resolución impugnada.

Establece el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que “en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad”. En el presente caso, no procede hacer imposición en costas, dado que no se aprecia temeridad o mala fe en ninguna de las partes.

Conforme al artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, *las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, añadiendo el párrafo segundo que se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior: (...) b) Las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 600.000 euros, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso.*

St. de 29 de julio de 2013. Sala de Granada. Ponente Rafael Rodero Frías Cendoj

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES: MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Distinción entre la improcedencia de adoptar la medida cautelar de suspensión de la denegación de las autorizaciones o permisos de trabajo y residencia y la posibilidad de acceder, por el contrario, a la de suspensión de la salida obligatoria del país como consecuencia de aquella denegación: valoración y consecuencias.

Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación el auto de fecha 8 de octubre de 2012, dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Granada.

cioso administrativo número 1 de los de Almería , por el que se accedió a las medidas cautelares solicitadas por el recurrente de concesión de la autorización de trabajo y residencia por circunstancias excepcionales (arraigo social) y de suspensión de la salida obligatoria del territorio nacional acordada por resolución de la Subdelegación del Gobierno en Almería, de fecha 19 de marzo de 2012 (expediente núm. NUM000).

El Abogado del Estado se alza contra el precitado auto arguyendo, en síntesis, que no procede la concesión de la autorización de residencia temporal, pues esa es la cuestión de fondo que debe ser analizada a la vista de las actuaciones realizadas en el curso del procedimiento, puesto que constituye el objeto del recurso y ello supondría anticipar en el tiempo la sentencia del mismo.

Ambas medidas cautelares reclaman un pronunciamiento por separado, debiéndose recordar, con carácter preliminar a la decisión sobre las mismas, que el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 14 de octubre de 2005 establece, sobre la aplicación del régimen de medidas cautelares previsto actualmente en la Ley 29/1998 de 13 de julio, las siguientes conclusiones:

La adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad, legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso (*periculum in mora*).

Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y, en todo caso, el juicio de ponderación que, al efecto, ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Destaca también el Tribunal Supremo que “la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero si prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura senten-

cia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen” (sentencia de 10 de noviembre de 2003).

La doctrina de la apariencia de buen derecho permite, en un marco de provisionalidad y dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y sin prejuzgar lo que en su día declare la Sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los menores fines de la tutela cautelar (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2006).

Ha de significarse, por último, que en la ponderación de intereses en conflicto (con valoración del *fumus boni iuris*), y del *periculum in mora*, ha de tenerse bien presente la improcedencia de juzgar sobre el fondo del asunto, pues además de carecerse -por lo general- de los elementos bastantes y necesarios para dar respuesta adecuada a la cuestión objeto de litigio, “se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el art. 24 CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba” (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2006). Está fuera de toda duda que no puede acogerse la medida cautelar, interin se decide el recurso principal, de concesión de la autorización de trabajo y residencia solicitada, pues, como se viene reiteradamente manifestando por nuestra jurisprudencia, no procede la suspensión de un acto administrativo cuando su contenido es negativo, es decir, cuando este acto administrativo deniega una solicitud del administrado; y, en este sentido, la sentencia de 25 de febrero de 2002, (recurso de casación 2617/2000) sintetiza la doctrina con las siguientes palabras: “Es conocida la jurisprudencia de esta Sala que declara la improcedencia de acordar medidas cautelares de suspensión respecto de actos de con-

tenido negativo que no innovan en nada una situación jurídica preexistente, como dijimos en la sentencia de 12 de junio de 2000 recordando otros precedentes, ya que, en otro caso, se estaría dando lugar a conceder lo denegado, al menos durante la sustanciación del proceso”. Es indudable que en materia de extranjería esta doctrina general precisa unas mayores concreciones, como así razona nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 19 de noviembre de 2001 (recurso de casación 7216/1999): “La resolución judicial recurrida, al denegar la suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado, por entender que tal acto, por ser negativo, no es susceptible de suspensión, vulnera la jurisprudencia de esta Sala, ya que es reiterada nuestra doctrina -sustentada en autos que se inician hace más de doce años, entre otros, de 6 de febrero de 1988, 17 de septiembre de 1992, 28 de septiembre de 1993, 11 de julio de 1995, y sentencias de 15 de julio de 1997 y 26 de septiembre de 2000 -, la que admite la procedencia de las peticiones de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo como consecuencia o en relación con una resolución administrativa, dado que el pronunciamiento de expulsión, directamente acordado o que deriva directamente de la resolución adoptada, no tiene en sí un contenido negativo y por ello puede ser objeto de suspensión en cuanto a su ejecutividad”.

Lo razonado en el precedente ordinal acerca de la distinción que hace el Tribunal Supremo entre la improcedencia de adoptar la medida cautelar de suspensión de la denegación de las autorizaciones o permisos de trabajo y residencia y la posibilidad de acceder, por el contrario, a la de suspensión de la salida obligatoria del país como consecuencia de aquella denegación, sitúa el debate en el examen de las concretas circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado para que, previa ponderación de los intereses en conflicto, se culmine en la decisión de suspender o no esa obligatoria salida del territorio nacional como consecuencia, en este caso, de la expulsión decretada por la Administración. Dicho esto, es cierto es que la orden de salida del territorio nacional de una persona que se encuentra en el mismo ocasiona sobre su situación personal un trastorno de tal calado y magnitud que justifica la adopción de una medida cautelar de suspensión, cual en ocasiones el Tribunal Supremo ha establecido, pues la pérdida de la finalidad del recurso es evidente. En este sentido, el Tribunal Supremo viene declarando (así, en sentencia de 17 de julio de 2002) que esa “pérdida de la finalidad legítima del recurso”, como argumento legitimador de la adopción de medidas cautelares, “debe apreciarse cuando la ejecución

podría causar perjuicios que hicieran ilusoria la estimación del recurso entablado, debiendo entenderse que pierde su finalidad legítima el recurso si, de ejecutarse el acto, se creasen situaciones jurídicas irreversibles, haciendo ineficaz la sentencia e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad”.

Ese principio de “identidad” guarda relación con la “necesidad de preservar el efecto útil de la futura Sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en este espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil y costosa reversibilidad”.

Dicho principio de identidad queda directamente comprometido en supuestos de abandono obligado del territorio nacional mientras está pendiente el examen de legalidad o la revisión del acto administrativo denegatorio del permiso de residencia, pues jamás se podrá lograr una restitución íntegra de la situación del extranjero que ha salido de España, si luego obtuviera una Sentencia favorable a su pretensión.

El tiempo transcurrido será esencialmente y de suyo irrecuperable (pensemos en la necesidad de abandonar un domicilio, unas expectativas laborales...).

Es cierto que el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa permite la denegación de la medida cautelar en atención a la defensa de los intereses generales -o de tercero-. Pero lo es también que se reclama que de la adopción de la medida cautelar pueda derivarse “perturbación grave de los intereses generales... que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

Sin embargo, en la ponderación de los intereses en juego, ha de tomarse también en consideración la doctrina de la “apariencia de buen derecho” (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006) “cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo del art. 728 LEC”. Y, en este sentido, resulta fundamental el hecho de que el subdito extranjero haya solicitado su regularización en España y se haya seguido uno de los procedimientos habilitados al efecto. De ahí que, como establece el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de noviembre de 2005, “constituye un contrasentido que haya de abandonar el territorio español quien se ha acogido a las medidas expresamente acordadas para regularizar su situación en España”.

Es verdad que la permanencia del recurrente, hasta el momento en el que se resuelva el recurso contencioso-administrativo por él planteado, no parece que vaya a causar trastorno al interés general, y menos “perturbación grave” del mismo.

Ahora bien, como anticipábamos, el auto apelado no distingue entre las dos medidas cautelares solicitadas, ni tampoco se pronuncia sobre la medida positiva, la que, como hemos dicho, no es procedente, por lo que procede la estimación parcial del recurso de apelación y, como su corolario, dejar sin efecto la adopción de la medida cautelar positiva de concesión de la autorización de trabajo y residencia concernida.

St. de 29 de julio de 2013. Sala de Granada Ponente Jesús Rivera Fernández

XII EXPROPIACIÓN FORZOSA. JUSTIPRECIO QUE ABONA CANTIDADES INDEBIDAS POR ERRÓNEA MEDICIÓN DE FINCA. LA DEVOLUCIÓN DEL JUSTIPRECIO NO PROCEDE SINO POR VÍA DE REVISIÓN DEL ACUERDO DEL JURADO, NO MEDIANTE EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Director General de Carreteras de fecha 14 de febrero de 2012 desestimando el recurso de alzada formulado contra resolución de la Demarcación de Carreteras del Estado en Andalucía Occidental de fecha 19 de marzo de 2009, requiriendo a D. José Tejero Vázquez, causante de los demandantes, a que proceda a la devolución de la cantidad de 19.162,33 € en concepto de cantidad indebidamente pagada por exceso de medición en la expropiación de la finca 50-72 afectada por las obras del Proyecto clave 12-H-2650 “Autovía A-49. Frontera Portuguesa. Tramo : Enlace de Aljaraque-Enlace de Lepe (Oeste). Provincia de Huelva”.

Según resulta del expediente administrativo remitido e incluso se menciona en el acuerdo impugnado, como consecuencia de la expropiación de terrenos propiedad del causante de los hoy demandantes, el Jurado Provincial de Expropiación de Huelva, en acuerdo de 28 de enero de 2003, fijó el justiprecio correspondiente a la expropiación de 127.154 m² afectados en la cantidad de 521.276,22 €. La orden de devolución de 19.162,33 € es consecuencia del expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración, seguido a instancias de D. Alonso Domínguez Hachero, titular de terrenos colindante con la propiedad de los actores, y que culminó con resolución del Ministro de Fomento declarando error en la situación de la linde de la finca n° 74, propiedad de D. Alonso Domínguez y la finca 50-72, propiedad de los demandantes, e indemnizando al Sr. Domínguez en la cantidad de 23.918,57 €.

Sobre los antecedentes citados los actores niegan la existencia del exceso de medición invocado como motivo determinante del reintegro y la ausencia de procedimiento seguido con su intervención para la declaración del exceso y posibilidad de reintegro por haber percibido cantidades indebidas. La respuesta a esta alegación ha de ser necesariamente la de aceptar el planteamiento contenido en la demanda. Así, declarado el justiprecio por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Huelva ante el desacuerdo de las partes en su fijación, el mismo queda determinado en función de la superficie de terreno expropiado. Cualquier modificación del justiprecio exige la tramitación de un procedimiento con tal fin, bien sea, cuando la Administración lo considera excesivo, mediante el procedimiento de lesividad, bien, cuando se considere que el terreno efectivamente expropiado es menor que el valorado mediante el procedimiento de revisión de oficio del acto anterior que fijaba la superficie ocupada y expropiada. Lo que desde luego no cabe es concluir que existe el exceso en la valoración y la consiguiente devolución de lo indebidamente percibido en base exclusivamente a un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración iniciado a instancias de un colindante y en el que los demandantes no han sido partes ni consta hayan tenido conocimiento alguno. La posibilidad de que por reuniones previas de la Administración con los titulares dominicales implicados, el causante de los actores tuviera conocimiento de la controversia sobre la propiedad de los terrenos expropiados, no significa que de ello se deba concluir que ha tenido conocimiento y posibilidad de participación en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. En el expediente remitido no consta intervención alguna del titular del terreno cuya devolución parcial del justiprecio se reclama ni que recibiera notificación formal para su posible intervención como interesado, lo que le sitúa en una evidente situación indefensión, lo que junto a lo antes dicho sobre necesidad de articular un procedimiento específicamente dirigido a declarar el exceso del justiprecio percibido y que no ha sido seguido, determina la necesaria declaración de nulidad del acuerdo impugnado.

St de la Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García.

XII EXPROPIACIÓN FORZOSA. VALORACIÓN DE SUELO “URBANO” FALTO DE CONEXIONES NECESIDAD DE PRUEBA DE LA SITUACIÓN FÁCTICA. SIN ELLA LA LEY NO PERMITE QUE LOS SUELOS DESTINADOS A INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS PÚBLICOS DE INTERÉS GENERAL SUPRAMUNICIPAL, SE VALOREN SINO SEGÚN LA SITUACIÓN BÁSICA DE LOS TERRENOS EN QUE SE SITUAN O POR LOS QUE DISCURREN.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla, adoptado en sesión celebrada el día 14 de julio de 2011, fijando en 4.296,04 € el justiprecio, incluido premio de afección, correspondiente a la expropiación por la Consejería de Medio Ambiente de 1.309 m² y ocupación temporal de 967 m² correspondientes a la parcela n^o 82, polígono 59 de la localidad de Ecija, en ejecución del Proyecto de encauzamiento del Arroyo de Argamasilla.

En la demanda se insta que el justiprecio se fije en la cantidad total de 57.150,41 € considerando que el suelo expropiado es urbanizado puesto que, conforme al art. 12.3 del Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, cuenta con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística sin otras obras que las de conexión a las instalaciones ya en funcionamiento. Igualmente se hace mención a la falta de justificación de las cantidades fijadas como depósito previo a la ocupación y perjuicios derivados de la rápida ocupación, la inseguridad jurídica derivada de la no fijación de un plazo de ocupación temporal y, por último, que debería indemnizarse por los perjuicios derivadas de la expropiación parcial de la parcela y el consiguiente demérito de la misma, apoyándose para tales pretensiones en el informe técnico que acompañó con su hoja de aprecio.

Según resulta acreditado del expediente remitido, la fecha a la que debe ir referida la valoración del suelo expropiado es la del 14 de octubre de 2010, coincidente con la del requerimiento al expropiado para que presente su hoja de aprecio, con la consiguiente aplicación de los criterios de valoración contenidos en el Real Decreto-Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Según la ficha urbanística del Ayuntamiento de Ecija, el suelo expropiado, con el PGOU de 1987, se encontraba clasificado como suelo no urbanizable. Una vez aprobado definitivamente el documento de Revisión del PGOU el 23 de octubre de 2009, se clasifica como Sistema General SG-75, no incluido ni adscrito a ningún Sector

y la finca matriz en la que se integraba la parte expropiada se clasifica como suelo urbanizable no sectorizado SUB-NS-14, cuyos criterios de ordenación, según la Revisión del PGOU, son que hasta su sectorización guardará un régimen de suelo no urbanizable de especial protección de entornos de núcleos urbanos. Según el art. 22 del Real Decreto Legislativo 2/2008, el suelo se tasaré según su situación y con independencia de la causa de la valoración y el instrumento legal que la motive, criterio que es también de aplicación a los suelos destinados a infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal, cuya valoración se determinará según la situación básica de los terrenos en que se sitúan o por los que discurren. A su vez, el art. 12 de igual norma indica que todo el suelo se encuentra en una de las situaciones básicas de suelo rural o urbanizado, considerando como suelo rural aquel para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización y cualquier otro que no reúna los requisitos a que se refiere el suelo urbano. Es cierto que en esta última situación se encuentran las parcelas, edificadas o no, que puedan llegar a contar con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento, pero dicha circunstancia, en el presente caso, en absoluta ha quedado acreditada pues el informe en que fundamenta tal alegación la expropiada es el emitido por Ingeniero Técnico Agrícola, carente por tanto de la titulación adecuada para llegar a tal conclusión, y sin que en dicho dictamen se precisen los servicios e instalaciones preexistentes a los que la parcela sólo faltaría conectarse, sino que hace una mención genérica a que cuenta el suelo circundante con todos los servicios propios del suelo urbano sin mayor alcance que el propio de una petición de principio. Por otro lado, tampoco resulta de aplicación lo establecido en la Disposición Transitoria 3ª del Real Decreto Legislativo 2/2008 pues el planeamiento urbanístico no contiene las concretas determinaciones para su desarrollo urbanístico al no estar incluido ni adscrito a ningún Sector. De aquí que deba ser valorado como suelo rural con aplicación, como lleva a cabo la Comisión Provincial de Valoraciones, del método de capitalización de rentas, cuyas conclusiones valorativas en absoluto han sido desvirtuadas.

En cuanto al resto de alegaciones contenidas en la demanda tampoco justifican una declaración de improcedencia del justiprecio fijado por el órgano de valoración. Así, las cantidades fijadas como depósito previo y perjuicios derivados de la rápida ocupación ni pueden conside-

rarse injustificados en la medida en que sus hojas de valoración incluyen los criterios para su determinación ni la actora justifica el motivo de discrepancia con unas cantidades que ella misma aceptó en el momento de la ocupación del terreno.

Respecto a la ocupación temporal debemos hacer idéntica consideración de falta de justificación, pues al margen de que nada se nos dice a la fecha de formulación de la demanda sobre si la misma se mantiene o no, su determinación en el dictamen que sirve de fundamento a su pretensión no puede aceptarse en cuanto parte de un valor del suelo como urbanizado que ya hemos excluido.

Por último, respecto a los invocados perjuicios por demérito de la finca en el dictamen del Ingeniero Técnico Agrícola sólo se incluye la regla para su valoración pero sin especificación alguna de cual sea el motivo determinante del concreto menor valor de la parte de la finca que permanece en la titularidad de la actora, pues el hecho de que efectivamente se vea privada de parte de su terreno no significa que automáticamente se produzca el demérito del resto.

St. de la Sala de Sevilla Ponente José A. Vázquez García

XIV HACIENDA PÚBLICA.- IMPUESTO DE DONACIONES: NO SUJECCIÓN. COSTAS: EXCEPCIONES A LA REGLA DE LA TEMERIDAD DEL SISTEMA ANTERIOR EN LA LJCA.

No se encuentra sujeta al Impuesto sobre Donaciones la aportación gratuita a favor de la sociedad conyugal de gananciales por parte de uno de los cónyuges, casado en régimen de gananciales, de una finca urbana que le pertenecía con carácter privativo.

Costas: a la fecha de interposición del presente recurso, la redacción del art. 139 LJCA determinaba que para la imposición de costas debería apreciarse la existencia de temeridad o mala fe, circunstancia que, obviamente, en absoluto se encuentra presente en la defensa que del acto impugnado ha llevado a cabo la Abogacía del Estado. Sin embargo, el propio art. 139.1.pr. 2º LJCA recoge una excepción a tal regla y habilita la imposición de costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad legítima, circunstancia aquí presente si atendemos a la escasa cuantía de la liquidación (661,40 €)

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 22 de julio de 2011,

actuando como órgano unipersonal, que desestima la reclamación nº 14-01073-2010 formulada contra la liquidación nº 6513991400472 practicada por la Delegación de Economía y Hacienda de Córdoba de la Agencia Tributaria de Andalucía en relación con el Impuesto sobre Donaciones, por importe de 661,40 €.

La cuestión controvertida se limita a determinar si se encuentra o no sujeta al Impuesto sobre Donaciones la aportación gratuita a favor de la sociedad conyugal de gananciales por parte de D. ..., casado en régimen de gananciales con D^a ..., de una finca urbana que le pertenecía con carácter privativo. La Administración Tributaria considera que dicha aportación, en cuanto transmisión gratuita a favor del otro cónyuge de la mitad del valor del bien inmueble, constituye un hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, conforme al art. 3.1.b) de la Ley 29/1987 reguladora de dicho tributo.

Siendo el beneficiario de la aportación de la mitad de la vivienda transmitida, la sociedad de gananciales, compuesta por los dos cónyuges y configurándose esta sociedad de acuerdo con el Código Civil - artículo 1344- como una comunidad de mano común, donde no existen cuotas, solo al disolverse esta sociedad surgirá el derecho a la cuota de liquidación y siendo el beneficiario de la aportación la sociedad de gananciales, y no D^a ..., no se ha producido enriquecimiento patrimonial de la esposa por la aportación de un bien del marido a la sociedad, por lo que no puede calificarse como donación la citada aportación a la sociedad de gananciales, ya que no se cumple lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley que regula las sucesiones y donaciones, por ser el Impuesto de donación el que grava un incremento patrimonial obtenido a título lucrativo por persona física, constituyendo el hecho imponible del impuesto la adquisición por donación.

D^a ... no adquirió ningún bien, ni derecho, ni obtuvo ningún incremento patrimonial, siendo la sociedad de gananciales la destinataria del acto de disposición y la beneficiaria de este incremento de patrimonio y siendo el patrimonio de la sociedad un patrimonio separado del privativo de los cónyuges, solo cuando se disuelva la sociedad de gananciales y se atribuyan por mitad al marido y mujer las ganancias o beneficios resultantes del caudal tal y como dispone el artículo 1344 del Código Civil, podrá producirse en su caso incremento patrimonial del cónyuge, dependiendo del resto de bienes y de la adjudicación concreta que se haga. Consecuentemente si la aportación de un bien del esposo a la comunidad conyugal no ha supuesto un incremento a título del patrimonio privativo del otro cónyuge, no existe

te el hecho imponible que resulta el objeto del tributo, previsto en los artículos ly 3.1.b) de la Ley 29/87.

Aunque referida al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales la STS del Tribunal Supremo. Sala IV, de 2 de octubre de 2001, dictada en recurso de casación en interés de ley, ya indicó que gozan de exención todas las aportaciones de los cónyuges a la sociedad conyugal y que la misma encontró un primer acomodo legal en el art. 48.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 3050/1989, al igual que en el posterior art. 45 del Real Decreto Legislativo 1/1993. De este modo toda aportación efectuada por los cónyuges al matrimonio, goza de exención, aunque se efectúe una vez celebrado el mismo, siempre que se trate de “verdaderos actos de aportación al régimen económico matrimonial”, es decir, como ya se indicó anteriormente, con la calidad de afección a todos los efectos económicos matrimoniales. Ciertamente esta sentencia se refería a la exención del ITP, pero es de ver que si las aportaciones de los conyugues a la sociedad de gananciales están en principio sujetos al ITP, pero exentos, no pueden estar sujetas a otro impuesto como el de donaciones y que el razonamiento de la sentencia del TS, resulta así mismo aplicable al Impuesto de Donaciones en lo referente a la peculiaridad de la sociedad de gananciales y las aportaciones que puedan realizar los esposo a esta sociedad. Ha sido levemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque decididamente lo fue la Dirección General de Registros y Notariado, sobre todo a partir de una resolución de 30 de junio del año 27, la que atribuye a los sociedad de gananciales los rasgos, un tanto imprecisos, de una comunidad en mano en común o germánica.

Como indica la doctrina, con esta afirmación, no se pretenden solucionar todos los problemas que plantea la administración y disposición de bienes comunes de carácter ganancial. Con esto lo es que quiere indicar es que ninguno de los cónyuges puede disponer como bien privativo suyo de mitades indivisas de sus bienes comunes. Esta es la única razón que sostiene aquella calificación. Esta última afirmación, no se deriva en absoluto de un juicio abstracto, hecho en función de tesis más o menos brillantes, sino que se destila de todo el articulado de el Código Civil. A la conclusión indicada, debe llegarse, desde la simple lectura de los artículos 1344,1347 y siguientes, relativos a la masa ganancial. Mera expresión de lo que venimos diciendo es el artículo 1373, introducido en el código, según el texto de la ley 11/81 de 31 de mayo, relativo al embargo de bienes gananciales, en este caso si la traba se materializa sobre la parte alícuota que el cónyuge deudor tenga en la sociedad ganancial, embargo lleva necesariamente consigo la disolu-

ción de aquélla. Así las cosas la impugnación deducida debe ser estimada y anulada la liquidación girada.

A la fecha de interposición del presente recurso, la redacción del art. 139 LJCA determinaba que para la imposición de costas debería apreciarse la existencia de temeridad o mala fe, circunstancia que, obviamente, en absoluto se encuentra presente en la defensa que del acto impugnado ha llevado a cabo la Abogacía del Estado. Sin embargo, el propio art. 139.1.prf. 2º LJCA recoge una excepción a tal regla y habilita la imposición de costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad legítima, circunstancia aquí presente si atendemos a la escasa cuantía de la liquidación (661,40 €)

St. de la Sala de Sevilla. Ponente José A. Vázquez García.

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica Parlamentaria

La cuestión territorial en el debate de investidura de la presidenta de la Junta

Frente a cuarenta y ocho votos contrarios, cincuenta y ocho parlamentarios otorgaron la confianza de la Cámara a la candidata a la presidencia de la Junta de Andalucía, Susana Díaz Pacheco, en la sesión plenaria celebrada los días 4 y 5 de septiembre de 2013. Y como destacaría la generalidad de los medios de comunicación, en esta ocasión el acto de investidura presentaba novedades palpables en comparación con la de los anteriores Presidentes. Novedades que serían destacadas por el portavoz del Grupo Parlamentario Socialista, hasta el punto de no dudar en atribuir “carácter histórico” a la sesión:

“Por primera vez en la historia de nuestra autonomía, la candidatura a la Presidencia de la Junta de Andalucía la ostenta una mujer. Solo este factor, solo esto ya le confiere por sí mismo al presente debate la dimensión histórica de la que les hablo. [...] Por otra parte, la dimensión histórica de este debate llega también con un relevo generacional. La candidatura de Susana Díaz significa también que, por primera vez, en la historia de la autonomía andaluza, el acceso a la máxima responsabilidad política institucional va a llegarle a una generación que no vivió la transición. Nunca hasta ahora se había producido este relevo generacional. Y por eso, señorías, estamos a la puerta de un cambio que los socialistas estamos convencidos de que va a ser transcendental para el futuro de Andalucía”¹.

Pero más allá del “cambio histórico” indudable que entrañaba el hecho de que fuese la primera ocasión en que una mujer –además perteneciente a una generación que no había vivido la transición democrática– accediera a la Presidencia de la Junta, lo cierto es que la investidura coincide con un periodo especialmente crítico, que bien puede calificarse de “histórico”. Junto a la crisis presupuestaria y de deuda que se hace sentir a nivel europeo –hasta el punto de replantearse la viabilidad del Estado del Bienestar tal y como lo habíamos conocido– y que sigue golpeando a España con especial crudeza, coexisten otras circunstancias domésticas que obviamente exacerban tales dificultades de in-

¹ *DSPA* núm. 48, 5 de septiembre de 2013, págs. 14-15

dole económico: de una parte, la desafección de la ciudadanía ante la clase política en buena medida provocada por el elevado número de casos de corrupción que se han hecho públicos y, por otro lado, las tensiones relativas a la organización territorial del Estado.

Lógicamente, pues, la candidata articuló en buena medida su primera intervención en la Cámara en torno a la lucha contra la lacra de la corrupción: “Señorías, vivimos un tiempo que se caracteriza por la cada vez más profunda desafección de los ciudadanos hacia la política. Es más, quienes nos dedicamos a ella aparecemos en todas las encuestas como uno de los principales problemas de la sociedad. Cambiar ese estado de cosas es uno de los objetivos del programa de gobierno que les presento”. E insistiría acto seguido sobre el particular: “Señorías, el desprestigio de la política mina la credibilidad de nuestras instituciones y socava los fundamentos de la democracia. La limpieza en la vida pública es incompatible con la falta de ejemplaridad y, desde luego, con los casos de corrupción, que, aun siendo aislados, escandalizan a la sociedad y deberían abochornarnos a todos. A mí, desde luego, me avergüenza la corrupción, rechazo tanto la complicidad como la tibieza hacia ella y me propongo combatirla con todas mis fuerzas desde la Presidencia de la Junta de Andalucía. Combatirla en todos los frentes: con más medidas, más controles, más vigilancia y con mejores prácticas”. Y, dando un paso más, la candidata desgarraría las concretas iniciativas que piensa emprender para atajarla: “En primer lugar, una modificación legal para que se fortalezca y amplíen las competencias de la Cámara de Cuentas de Andalucía, mejorando su capacidad de control; una modificación que incluya la capacidad para fiscalizar las cuentas de los grupos políticos con representación parlamentaria en el ámbito de las competencias de la comunidad autónoma. Además, es nuestro propósito incorporar a la Ley de Cámara de Cuentas la posibilidad de imposición de multas coercitivas a los responsables políticos que no rindan cuentas. Igualmente, se establecerá la obligación de que los entes fiscalizados remitan informes sobre la implantación de las recomendaciones que haya formulado la Cámara de Cuentas. Asimismo, promoveremos una reforma legal con el objeto de prohibir las donaciones privadas a los partidos políticos, y propongo a los grupos de esta Cámara que respalden una iniciativa legislativa en este sentido y la trasladen al Congreso de los Diputados”. Medidas a las que añadiría la de impulsar un acuerdo que comprometiera a los cónyuges o parejas de todos los cargos públicos de Andalucía a presentar una declaración de renta, bienes y actividades tanto al inicio del mandato como en su cese².

² DSPA núm. 47, 4 de septiembre de 2013, págs. 5-6.

Hizo, pues, pronto su entrada el inesquivable tema de la corrupción, que, como era de temer, concentró buena parte de las energías de los intervinientes en la sesión de investidura, y terminaría generando el no menos inevitable intercambio de reproches entre los dos principales grupos parlamentarios. Pero no creemos que estas páginas sean el lugar adecuado para dar cuenta del modo en que se enzarzaron en torno a “eres” y “gürtels”. De mucho mayor interés resulta abordar el tratamiento que se dio a otros aspectos críticos de la situación actual, que obviamente tienen mayor calado por afectar de plano a las instituciones de un modo estructural: el cuestionamiento del entero sistema de descentralización territorial del poder político. Pero vayamos por partes. Comencemos por las intervenciones que incidieron señaladamente en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Y este concreto asunto fue ya planteado abiertamente la primera vez que tomó la palabra la candidata a la Presidencia de la Junta. Y lo hizo para reprochar a la oposición que su formación política culpabilizase especialmente a las CCAA de las ineficiencias del Estado Autonómico: “Se encuentra un falso culpable cuando se acusa, a las comunidades autónomas y su supuesta ineficacia, de ser uno de los desencadenantes o agravantes de la crisis económica, y, en concreto, de ser las responsables del exceso de déficit público, cuando la realidad es que, en el último año 2012, tres cuartas partes del mismo no son imputables a las autonomías, sino a la Administración General del Estado. Se trata de una estrategia irresponsable, pues no solo retrasa la adopción de medidas coherentes para salir de la crisis, sino además hace un daño terrible a nuestro modelo político y a nuestro modelo de convivencia. Un modelo político basado en la descentralización, en la aplicación del principio de subsidiariedad, en la cercanía de la Administración y los administrados y, desde luego, en el reconocimiento de la pluralidad de España”. No se trata por lo demás —proseguiría la candidata— de que sea “una falacia” sostener que la causa de la crisis reside en la gestión de las CCAA, sino que, antes al contrario, y por lo que a Andalucía concierne, la “salida del subdesarrollo relativo” solo ha sido posible a raíz de la implantación del régimen autonómico: “Unos avances que difícilmente se hubieran podido producir bajo un sistema centralista, que si por algo se caracterizó fue por someter al olvido, a la marginación y cuando no a la humillación a los andaluces, a las andaluzas, a Andalucía”.

Ahora bien, los únicos peligros que acechan al Estado Autonómico no solo provienen de las concepciones recentralizadoras: “En sentido contrario, el Estado vive un desafío soberanista, el protagonizado por el Gobierno de Cataluña, al que no puede responderse desde la pasividad o desde el inmovilismo. Nuestro rechazo a la ruptura de la unidad de España es palmario; ni la rup-

tura ni la vuelta al pasado son soluciones para España ni para ninguna de las comunidades autónomas. Por eso, desde Andalucía, debemos liderar un proceso de reformas de nuestro modelo territorial que corrija ineficiencias, que clarifique el reparto competencial, que garantice la autonomía efectiva, la financiación de los servicios públicos, que facilite la cooperación institucional y que sea fruto del consenso. Un acuerdo al menos tan amplio como el que alumbró la Constitución de 1978”. En definitiva, lo que se propugna es un nuevo pacto constitucional en el que “Andalucía juegue, como lo ha hecho en otras ocasiones, un papel de fiel de la balanza, de equilibrio, de integración y de avance”³.

A esta dirección apuntó asimismo la intervención del portavoz del Grupo Parlamentario Izquierda Unida, Sr. Castro Román, que se pronunció en términos concluyentes: “Y coincidimos con usted –afirmó dirigiéndose a la candidata- en que ante un proceso de recentralización debemos apostar firmemente por dibujar la España social y democrática del siglo XXI, que no puede ser otra que la España federal. Necesitamos un pueblo consciente y movilizad, consciente de su capacidad como pueblo, el andaluz, para defender la autonomía y contribuir a ese nuevo modelo de Estado federal que nosotros también caracterizamos como democrático y republicano”⁴.

Por el contrario, la sugerencia de avanzar hacia un Estado federal previa reforma de la Constitución –idea que subyace tras la pretensión de la candidata de mejorar la eficiencia del Estado Autonómico- sería categóricamente rechazada por el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, Sr. Zoido Álvarez, que lógicamente sostuvo la posición mantenida por su partido a nivel nacional. Más concretamente, trajo a colación el octavo de los ejes fundamentales en los que pivota “el programa del Partido Popular”, a saber: “Defensa del modelo de Estado, en el que Andalucía juega un papel importante en España y en Europa, con el modelo constitucional vigente que tantas ventajas nos ha reportado a los andaluces”. Y apostillaría acto seguido: “Juegos en momentos donde no hay que correr riesgos es mejor no abordarlos”⁵. En suma, en lo relativo a la articulación de las relaciones Estado/CCAA, las diversas posiciones de los grupos parlamentarios pueden sintetizarse en dos actitudes: prudencia del popular frente a reformismo de los grupos que apoyan al Ejecutivo autonómico.

³ *DSPA* núm. 47, págs. 15-16.

⁴ *DSPA* Pleno, núm. 48, pág. 9.

⁵ *DSPA* núm. 48, pág. 33.

Y una separación semejante existe entre las fuerzas políticas cuando se trata del nivel local de gobierno, pero ahora invirtiéndose los términos: “Señorías –interpelaba a los parlamentarios la candidata refiriéndose a la reforma en sentido federal de la Constitución-, el Gobierno que me propongo presidir no será, pues, en modo alguno temeroso de los cambios ni menos aún inmovilista. Todo lo contrario, partidario de reformas profundas, pero también partidario de no presentar como reforma los que, sin duda, son pasos en la dirección equivocada. Me refiero al proyecto de la llamada ley para la racionalización y sostenibilidad de la Administración local, un ataque en toda regla a la autonomía municipal y a los estatutos de autonomía”. Y una defensa a ultranza del nivel local de gobierno frente al erosionador proyecto de ley en tramitación en las Cortes Generales es la que se pretende hacer desde la Presidencia de la Junta: “este proyecto de ley vulnera nuestro Estatuto de Autonomía en 15 artículos, que consagran un núcleo competencial propio de las corporaciones locales que ahora, al socaire de los recortes, se pretende sencillamente liquidar. No es una reforma, sino un intento de dismantelar el modelo constitucional de Administración local, que pierde, en buena medida, su carácter de gobierno local y su propia autonomía. Y es un paso en la dirección equivocada también por sus graves consecuencias en materia de atención social, de esa atención social que prestan en estos momentos los ayuntamientos y que en Andalucía benefician a un millón de personas. Y lamentablemente también por su repercusión en el empleo, con decenas de miles de trabajadores andaluces que ven peligrar sus puestos de trabajo”. Así pues, a la vista del contenido del proyecto de ley presentado en el Congreso de los Diputados, y a salvo obviamente de que se produzca una modificación en profundidad del mismo a lo largo de su tramitación parlamentaria, no queda otra alternativa que oponerse a dicha iniciativa legislativa con todos los instrumentos de que pueda disponer la Junta de Andalucía: “En consecuencia, el Gobierno que presida se opondrá con cuantos medios jurídicos y políticos estén a su alcance sin descartar el recurso de inconstitucionalidad, ante este auténtico atropello a la autonomía local y a nuestro Estatuto de Autonomía”⁶.

Una valoración crítica de la reforma local en marcha impulsada por el Gobierno central que, lógicamente, sería compartida por el portavoz del grupo parlamentario que apoya al Ejecutivo autonómico. En efecto, para Castro Román, “la reforma de la Administración local es el primer paso hacia esta demolición del Estado en forma de debilitamiento de las entidades locales, redu-

⁶ *DSPA* núm. 47, pág. 16.

ciendo competencias, eliminando los servicios de proximidad, que son los que tienen un mayor carácter social para los vecinos y vecinas, y privatizando los sectores estratégicos de gestión local como el ciclo integral del agua. Si consiguen aprobarla, los ayuntamientos democráticos serán una experiencia excepcional en la historia de nuestro país [...] Asistimos, pues, a una involución democrática y recentralizadora impuesta por el PP, que usa la crisis como coartada para dismantelar los servicios públicos y paralizarlos...”⁷.

Ante esta andanada de críticas a la política legislativa del Gobierno central en la materia, el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, Sr. Zoido, derivó el centro de atención al incumplimiento de las obligaciones financieras que el Ejecutivo autonómico tiene frente a las entidades locales. Ya al abordar la pretensión de la candidata de mantener un contacto estrecho con los ayuntamientos respondería el Sr. Zoido: “espero que no sea una visita protocolaria, de fotos de un día, sino que vaya acompañada de los 317 millones de euros que el Gobierno debe a todos los andaluces a través de los ayuntamientos”⁸. Pero sería al final de su intervención, cuando desgranó los ejes fundamentales en torno a los cuales se articula el programa del Partido Popular, el momento en que más detenidamente se ocupó del tema al abordar su punto noveno: “apoyo y voz a los ayuntamientos y diputaciones. Tiene que facilitar, señora Díaz, la interlocución directa de los alcaldes con la Junta de Andalucía mediante la celebración de la Conferencia de Alcaldes. A todos beneficiaría, en especial a todos los andaluces, además de concretar, como es lógico, un calendario del liquidación de las obligaciones pendientes de pago derivadas de la ejecución de los convenios entre la Junta de Andalucía y las corporaciones locales”⁹.

Unas pretendidas deudas pendientes de pago que, sencillamente, serían desmentidas por la candidata en el turno de réplica: “Usted sabe que la deuda de los ayuntamientos hacia la Junta de Andalucía es mayor, sensiblemente mayor, que la de la Junta con los gobiernos locales. Pero yo voy a abrir un nuevo tiempo también en las relaciones entre las administraciones, y no me va a encontrar en ese rifirrafe entre administraciones [...]. Ha hablado de en torno a más de trescientos... Sabe perfectamente que la deuda de los ayuntamientos con la comunidad autónoma es de más de cuatrocientos”¹⁰.

⁷ DSPA núm. 48, págs. 4-5.

⁸ DSPA núm. 48, pág. 31.

⁹ DSPA núm. 48, pág. 33.

¹⁰ DSPA núm. 48, pág. 40.

Comoquiera que sea, con independencia de cuál sea el saldo real de las relaciones financieras Junta de Andalucía/entes locales, lo que sí resulta evidente es que la cuestión local ocupó el protagonismo en el curso del debate en torno a la organización territorial del Estado en su conjunto. Y, como es lógico, no debe extrañar dicho protagonismo, puesto que la celebración de la sesión de investidura prácticamente coincide en el tiempo con el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de tramitar el Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local¹¹. Un Proyecto que suponía un giro abrupto en la línea evolutiva seguida en los últimos años en la articulación del nivel local de gobierno en el Estado Autonómico. La tendencia que –si bien parcialmente frustrada– había marcado hasta la fecha la conformación jurídica de la Administración local se proyectaba en un doble plano. De una parte, y en consonancia con los genuinos Estados federales, se pretendía avanzar en lo que se dio en denominar la *interiorización* de los gobiernos locales en las Comunidades Autónomas, esto es, se perseguía reequilibrar el carácter *bi-fronte* de nuestro sistema local, fuertemente escorado a favor del gobierno central en detrimento del papel atribuido a aquéllas en la configuración de *sus* entes locales. A esta dirección apuntaron inequívocamente los diversos borradores de Anteproyecto de Ley de gobiernos locales elaborados durante las dos últimas legislaturas, que, como es bien conocido, no llegaron tan siquiera a comenzar la fase de iniciativa legislativa. Más éxito tuvieron las iniciativas de *interiorización* desarrolladas a través de la vía de las reformas estatutarias –señaladamente, la catalana y la andaluza–, aunque no puede desde luego soslayarse que algunos de los avances introducidos al respecto fueron neutralizados por la STC 31/2010. De otro lado, junto a esta ampliación del margen de maniobra de las CCAA, la anterior línea de reforma aspiraba a fortalecer la autonomía local, introduciendo garantías frente a la intromisión tanto del nivel estatal como del nivel autonómico de gobierno. Y también a este respecto serían esencialmente los Estatutos catalán y andaluz, ambos con una marcada vocación *municipalista*, los que llegarían más lejos: delimitación estatutaria de un espacio competencial propio; compromiso de poner en marcha la participación local en los ingresos tributarios autonómicos; atribución de un carácter excepcional y secundario de la financiación condicionada. Y es esta concepción de los gobiernos locales andaluces asumida por el estatuyente la que está en juego si prospera la iniciativa legislativa impulsada por el Gobierno central.

¹¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. Serie A, núm. 58-1, de 6 de septiembre de 2013.

En efecto, el Proyecto parte de un presupuesto conceptual (o si se prefiere, ideológico) radicalmente diferente. Presupuesto ideológico que, ciertamente, se ha visto incentivado y pretendidamente legitimado por el contexto de severa de crisis financiera que atravesamos. Si la idea central inspiradora de las anteriores reformas estaba al servicio de la configuración del modelo territorial del Estado, apostando por la potenciación de las autonomías territoriales, en el momento actual la frase mágica es “estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”. Digámoslo ya abiertamente: algunas de las medidas previstas en el Anteproyecto serían literalmente incomprensibles y causarían un estupor invencible si no se examinaran a la luz de la actual situación de crisis y, en especial, atendiendo a las consecuencias que ha ido generando en el plano jurídico: apertura del procedimiento de déficit excesivo contra el Reino de España en 2009; reforma del art. 135 de la Constitución para recordar al máximo nivel normativo los compromisos de disciplina fiscal impuestos por Bruselas y habilitar al legislador orgánico para imponer su cumplimiento a los restantes niveles de gobierno; y, en fin, la utilización inmediata de dicha habilitación mediante el dictado de la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Como decía, son razones de disciplina fiscal las que pueden dotar de algún sentido a ciertas previsiones del Proyecto, pues es difícil hallárselo desde la perspectiva del diseño de la estructura territorial de nuestro sistema político-constitucional. Pero esto no es un secreto para nadie, ya que el propio autor del Proyecto comienza su Exposición de Motivos reconociéndolo abiertamente: “la Ley Orgánica 2/2012... exige nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local para la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales. Todo ello exige adaptar algunos aspectos de la organización y funcionamiento de la Administración local así como mejorar su control financiero”.

Y aunque las razones inmediatas de la reforma obedecen a un específico contexto económico, parece evidente que la misma ha venido para quedarse. Al igual que la reforma del art. 135 CE y su desarrollo por la LO 2/2012, claramente impulsada por la crisis de deuda soberana que atravesamos, también la proyección de este problema a la esfera local parece destinada al largo plazo: La propia noción de “sostenibilidad” presupone y conlleva la nota de perdurabilidad a lo largo del tiempo. En este contexto, no puede afirmarse que el Proyecto suponga el estallido de un trueno en un cielo sereno. Pero tras su lectura es difícil desembarazarse de la impresión de que se ha ido, quizá, demasiado lejos. Así es: en el origen último del Proyecto está, pues, sobre todo, la necesidad de recortar de forma inmediata el volumen de gasto achacable a los gobiernos locales. En una fase caracterizada por el hun-

diminución en picado de los ingresos municipales, y con independencia de que también se haya incrementado la presión fiscal, se ha considerado que es fundamentalmente mediante la reducción del gasto como se puede asegurar que el nivel local cumpla con sus límites de déficit presupuestario. De hecho, el compromiso asumido inicialmente por España frente a Bruselas en el *Programa de Estabilidad 2012-2015* cifraba en 3.500 millones de euros el potencial de ahorro a obtener en 2013 por las reformas normativas previstas en materia de Administración local (señaladamente por la supresión de las denominadas *competencias impropias*). Cuantía que asciende a 8.000 millones de euros de ahorro, en el periodo 2014-2015, según la versión del *Programa Nacional de Reformas* fechada el 26 de abril de 2013.

Como a nadie se le oculta, y así se pone de manifiesto en las prácticas reformistas seguidas en otros países, dos son las fórmulas más contundentes y directas para conseguir la reducción estructural del gasto local: o bien se opera en el número de las entidades locales, atajando una pretendidamente excesiva fragmentación del mapa municipal, o bien se actúa en las necesidades de gasto locales recortando los servicios que han de prestar a sus vecinos. Pues bien, en ambas líneas de actuación pretendía el Gobierno central actuar según las previsiones de la *Actualización del Programa de Estabilidad del Reino de España 2012-2015*. En lo que concierne a “la racionalización en el número de Entidades locales”, el Programa apuntaba inequívocamente a la supresión de pequeños municipios: “El Plan contempla líneas de trabajo como la agrupación de municipios, definidos por tramos de población, de modo que solo tuvieran la consideración de municipios los que alcanzaran un determinado umbral de población” (pág. 42). Y en consonancia con estas previsiones, el *Programa Nacional de Reformas 2012* insistiría en la “racionalización del número de Ayuntamientos”, procediendo a la “agrupación de municipios en función de la población”. Sin embargo, el *Programa Nacional de Reformas 2013*, cuya remisión a la Unión Europea se acordó en el Consejo de Ministros del pasado 26 de abril, no hacía ya referencia a esta cuestión. Y probablemente la razón de esta omisión reside en la circunstancia de que los diversos borradores de Anteproyecto que antecedieron al texto definitivamente aprobado por el Consejo de Ministros no afrontaban directamente el tema de la fusión de municipios; una cuestión espinosa como pocas que, en principio, el Gobierno central parecía pretender eludir. Sin embargo, el demoledor Dictamen del Consejo de Estado, de 26 de junio de 2013, que apreció la inconstitucionalidad de varias medidas contenidas en el Anteproyecto, prácticamente obligaría al Gobierno a abordar este asunto en el Proyecto remitido a las Cortes.

Junto a otras modificaciones de menor alcance¹², la principal novedad estriba en que la genérica capacidad que se reconocía al Estado al respecto en el art. 13.3 LRBRL se ve completada por un listado de específicas medidas de estímulo y fomento de las fusiones municipales, primordialmente de naturaleza financiera (nuevo apartado cuarto del art. 13 LRBRL). Pero, quizá, lo que convenga especialmente destacar es que a las Diputaciones se confía un papel estelar en estos procesos de fusión: “Las Diputaciones provinciales o entidades equivalentes, en colaboración con la Comunidad Autónoma, coordinarán y supervisarán la integración de los servicios resultantes del proceso de fusión” (art. 13.5 LRBRL). Centralidad provincial que se reiterará en el Proyecto al regular los planes económico-financieros, al atribuir expresamente a las Diputaciones la coordinación de las medidas contenidas en los mismos, “incluido el seguimiento de la fusión de entidades locales que se hubiera acordado” (tercer apartado del art. 116 bis LRBRL). Es una muestra más de hasta qué punto el Proyecto aún en tramitación, de aprobarse en sus actuales términos, supondrá una alteración sustancial del juego de las relaciones municipios/provincias/comunidades autónomas hasta hoy existente. Y es, obviamente, indicativo de la oportunidad del tratamiento detenido de esta cuestión en el curso del debate de investidura.

Manuel Medina Guerrero

¹² Exigir un informe de la Administración que ejerza la tutela financiera para los supuestos de creación, supresión y alteración de los términos municipales (art. 13.1); y condicionar la creación de nuevos municipios a aquellos núcleos de población de al menos 5.000 habitantes que, además, resulten financieramente sostenibles (art. 13.2).

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Los contratos de investigación y desarrollo en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

Manuel Mesa Vila

Abogado experto en contratación pública
Profesor asociado Universidad Loyola Andalucía

ABSTRACT

El contrato de investigación y desarrollo es un contrato del sector público típico recogido como tal en el anexo II del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, (TRLCSP, en lo sucesivo) como una categoría de contrato de servicios, y por tanto, incluido en su ámbito objetivo de aplicación. No obstante, esta afirmación que a priori parece simple está plagada de matices y excepciones a lo largo del articulado que hacen del contrato de I + D uno de los de más compleja regulación y, por tanto, proclive a generar confusión y consecuentemente grandes dosis de inseguridad jurídica.

En el presente artículo se analizan las diferentes figuras de contratos de I + D mencionados en el texto refundido, realizándose una primera delimitación elemental de contratos excluidos y contratos incluidos de la ley, para analizar a continuación los elementos diferenciadores de cada una de las categorías que resultará fundamental para establecer las normas y procedimiento a seguir en lo relativo a la publicidad de la licitación y a la forma de adjudicar el contrato.

1. INTRODUCCIÓN

Bajo el término genérico de contratos de investigación y desarrollo se han ido incluyendo una serie de negocios y relaciones jurídicas distintas, que en su conjunto podemos definir como el contrato en virtud del cual una empresa (o una universidad, spin-off, centro de investigación, instituto, etc.) se compromete a la ejecución de un proyecto de I + D a petición en este caso de un organismo público. El proyecto se realiza en base a unos objetivos que se pretenden conseguir, con un plan de trabajo, unas condiciones económicas determinadas,

un equipo de investigadores definido y un clausulado que puede variar mucho dependiendo de las características del proyecto. El contrato de I+D debe suponer la generación de un nuevo conocimiento o una innovación.

Podemos afirmar que, por regla general, los contratos de investigación son contratos de actividad (jurídicamente denominados de arrendamiento de servicios, artículo 1544 del Código Civil). En este tipo de contratos, la obligación principal del investigador no consiste en alcanzar un resultado sino en el desarrollo de una actividad, dado que la obtención del resultado depende de factores ajenos a la voluntad del que lo presta, con lo que la incertidumbre juega un papel fundamental que debe ser regulado en el contrato. El hecho de que se tengan que presentar cada cierto tiempo informes de las tareas que se van ejecutando, no significa que se prometa resultado alguno, su único objeto es comprobar el estado efectivo de los trabajos de investigación. En virtud del contrato, el investigador se compromete a asignar unos medios humanos y materiales para llevar a cabo una serie de tareas concretas. Esta consideración de contrato de medios y no de resultados, tiene gran trascendencia a la hora de determinar los derechos, obligaciones y responsabilidades de organismo contratante y de la empresa, instituto o universidad contratados.

Como hemos indicado en el resumen inicial, en principio el contrato de I + D es un contrato que aparece expresamente mencionado en el anexo II del TRLCSP como una categoría de contrato de servicios, y por tanto, incluido en su ámbito objetivo de aplicación. No obstante, esta afirmación que a priori parece simple está plagada de matices y excepciones a lo largo del articulado que hacen del contrato de I + D uno de los de más compleja regulación.

El creciente interés de las administraciones pública por la búsqueda de soluciones innovadoras para la provisión de necesidades públicas unido al notable incremento de entidades, sociedades, fundaciones, institutos, públicos o semipúblicos dedicados a la investigación y la innovación tecnológica, son factores que han contribuido a la proliferación de contratos públicos de I + D cuya regulación en el ámbito de una norma de carácter administrativo, cargada de formalismos y procedimientos reglados de carácter obligatorio, chocan en muchas ocasiones con la propia esencia de estos contratos basados en la incertidumbre y en la oportunidad. Motivo por el cual el legislador ha visto necesario matizar mucho las diferentes tipologías de contratos de I + D y modular el grado de aplicación del TRLCSP tomando como base el tratamiento de cada uno de los elementos del contrato: sujetos, objeto y causa.

Para determinar si nos encontramos ante un contrato incluido o excluido

del ámbito objetivo del TRLCSP es necesario tener en cuenta tres factores que resultan fundamentales: en primer lugar, la financiación o remuneración del contrato, cual de las dos partes lo paga, en segundo lugar, y muy especialmente el tratamiento y propiedad de los resultados que se obtengan; si estos se comparten entre las dos partes, si se reserva su titularidad la parte contratante para una posterior difusión o si se reserva el resultado para su utilización exclusiva en su actividad propia y por último cual de las dos partes asume el riesgo y ventura de la ejecución del contrato, es decir si hay pérdidas económicas en la ejecución del contrato quien asume esas pérdidas y si hay excedentes, a quien corresponden esos excedentes.

2. CONTRATOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS EXCLUIDOS DEL TRLCSP

El artículo 4 establece una amplia enumeración de los contratos y negocios excluido del ámbito objetivo del TRLCSP. En relación a los contratos de I+D nos encontramos los siguientes:

2.1. Convenios de I+D

El artículo 4.1 del TRLCSP dispone:

Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

La utilización de la figura del convenio de colaboración ha sido una práctica muy extendida para el desarrollo de proyectos de I+D. No obstante, un convenio es una relación jurídica que no tiene naturaleza contractual por la ausencia del carácter oneroso propia de los contratos, razón que justifica su exclusión del ámbito objetivo del texto refundido. En los convenios, tanto la finalidad que se pretende cubrir como la relación jurídica que se entabla entre las partes son completamente diferentes a la de los contratos. Muchas veces este importante matiz se olvida y erróneamente se pretende salvar con un simple cambio de denominación, llamando convenio a los que a todas luces es un contrato.

La nota elemental del convenio es que las partes (no necesariamente dos, pueden ser más de dos) tienen un objetivo común, quieren hacer o conseguir algo que cada una de las partes por separado no es capaz de realizar por lo que se unen para poner en común los recursos de que disponen en pos de ese objetivo común. No se trata de una relación simple en la que una parte paga y la otra hace, en el convenio todos hacen o aportan y todos se benefician, siendo fundamental en este marco de relaciones el equilibrio: lo que cada parte aporta debe ser más o menos homogéneo.

En el caso concreto de los convenios de I + D, todas las partes tienen interés en desarrollar un proyecto, para lo cual cada uno aportará los medios de que pueda disponer; medios humanos, materiales, instalaciones, know how, y por supuesto, dinero. En los convenios no se debe poder distinguir una relación sinalagmática, en la que existan dos obligaciones básicas una de pagar y una de hacer.

Por supuesto, constituye una nota esencial de los convenios de colaboración el hecho de que los resultados han de beneficiar a todas las partes y su titularidad debe ser compartida por todos los firmantes.

Además de todas estas exigencias referidas al tipo de relación que se establece entre las partes, existe otra limitación que resulta determinante cual es *que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales*. Se trata de una limitación difícil de salvar habida cuenta que el anexo II del TRLCSP, recoge expresamente en la categoría 8 a los contratos de investigación y desarrollo, como un tipo de contratos de servicio regulados en la ley.

Es la nota marginal del anexo II, referida a la categoría 8 la que de una forma muy confusa y con una redacción que bien parece un acertijo, excluye los convenios de colaboración y los diferencia de la figura de los contratos de I+D:

Exceptuando los servicios de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos resultados corresponden al poder adjudicador y/o a la entidad adjudicadora para su uso exclusivo, siempre que este remunere íntegramente la prestación del servicio.

Se trata de una excepción importada directamente de la Directiva 18/2004/CE, artículo 16.f, que viene a reiterar dos de los elementos esenciales que diferencian a los convenios de los contratos en los que la propiedad de los resultados y la remuneración del servicio corresponden en exclusiva al poder adjudicador comprador.

Resulta muy ilustrativa la Recomendación 8/2008, de 13 de mayo, Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, sobre los convenios de colaboración con las entidades públicas y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, en especial sobre los convenios de desarrollo e investigación y su distinción de los contratos de servicios, que en sus conclusiones afirma lo siguiente:

Sólo resultaría procedente la suscripción de convenios de colaboración en materia de I+D en los casos en que concurran las siguientes notas:

1.- Todas las partes que lo suscriben tienen un interés común en llevar a cabo un proyecto conjunto. La existencia de este interés común se aprecia cuando, con los resultados científicos que se deriven de dicho proyecto, se da satisfacción a las necesidades de cada una de las partes, de acuerdo con sus objetivos y fines. No puede considerarse que existe ese interés común cuando el interés de una de las partes consista en la realización del trabajo y que éste le sea sufragado -en todo o en parte- por enmarcarse ello en la actividad propia de la entidad

2.- El objeto del convenio no se traduce en prestaciones y contraprestaciones de las partes y no consiste en la financiación de un proyecto sino en la realización del mismo, de tal forma que, todas las partes contribuyen al desarrollo del proyecto poniendo en común los datos, conocimientos y elementos personales y materiales con que cuentan.

3.- El proyecto debe generar un resultado científico del que se beneficien todas las partes colaboradoras y del que hagan o puedan hacer uso todas ellas.

4.- que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la Ley o en normas administrativas especiales.

2.2. Los contratos de I + D celebrados por los OPI

Los contratos de servicios y suministro celebrados por los Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva. (Artículo 4.1.q)

Aquí se trata de la contratación de suministros y servicios necesarios para la

ejecución de proyectos de investigación y desarrollo en el que podría perfectamente encajar un contrato de I+D parcial de ese proyecto. Se trata de una exclusión del ámbito del TRLCSP tremendamente restrictiva tanto en el aspecto subjetivo como en los elementos objetivos que han de concurrir.

En lo que al aspecto subjetivo se refiere, sólo es aplicable a los OPI estatales y a los organismos similares de las Comunidades Autónomas. Los OPI estatales son sólo y exclusivamente los definidos como tales y enumerados en la Ley de la Ciencia de 1986, que otorgó el estatuto de OPI a los seis grandes centros de investigación adscritos a diversos ministerios: el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas, el Instituto Geológico y Minero de España, el Instituto Nacional de Tecnología Aeroespacial, el Instituto Español de Oceanografía y el Instituto Nacional de Investigaciones Agrarias. Posteriormente se unió a estos centros el Instituto de Salud Carlos III.

En el ámbito del Estado, la delimitación subjetiva de este supuesto está muy clara. Pero, como hemos visto, el artículo lo hace extensible a los organismos similares de las comunidades autónomas. Por lo que habrá que estar a lo que disponga cada comunidad y lo que cada una entienda que es un OPI.

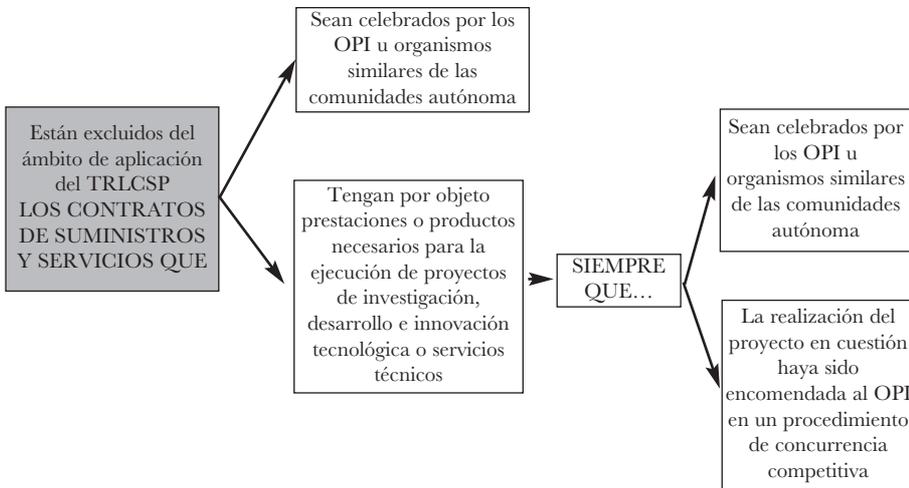
A título de ejemplo podemos citar que la Comunidad Autónoma de Aragón, exige para considerar a un determinado organismo como OPI autonómico, que se cree por Ley del Parlamento autonómico, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (En este sentido, Informe 4/2008, de 15 de mayo, de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de Aragón).

En Andalucía, solo hace extensible la calificación de OPI exclusivamente al Instituto Andaluz de Investigación y Formación Agraria, Pesquera, Alimentaria y de la Producción Ecológica (IFAPA), creado por la Ley 1/2003 (artículo 32 de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andaluza de la Ciencia y el Conocimiento).

Por último, añadir que la Disposición Final 3ª, Ocho de la Ley 14/2011 de la Ciencia incorporó a este respecto una importante novedad que amplía el espectro de organismos que pueden aplicar esta importante excepción del artículo 4.1.q e incluye en el concepto a las universidades públicas:

A los efectos previstos en el párrafo q) del artículo 4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público, las Universidades tendrán la consideración de Organismo Público de Investigación

La suma de requisitos acumulativos que tienen que concurrir en el contrato en cuestión se puede ver de forma más gráfica en el siguiente cuadro:



2.3. Los contratos de I + D (compra pública precomercial)

Los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. En la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa. (Artículo 4.1.r)

Se trata de la exclusión de los contratos llamados a cubrir una de las vertientes de la compra pública innovadora: la denominada compra pública precomercial. Los contratos del 4.1.r deben tener por objeto la investigación y desarrollo de soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado.

Esta excepción fue introducida en la LCSP por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que además para incentivar el uso de esta nueva modalidad de contratos, establecía el compromiso del Consejo de Ministros de fijar dentro de los presupuestos de cada departamento ministerial y de cada organismo público vinculado con o dependiente de la Administración General del Estado, las cuantías destinadas a la financiación de contratos a los que hace referencia este.

En este caso el contrato es íntegramente remunerado por el órgano de contratación, pero el elemento diferencial esencial que provoca que estos contratos queden excluidos la ley es que contratante y contratado comparten el riesgo y ventura del contrato. Diferenciándose así del resto de contratos del sector público en los que el riesgo y ventura del empresario constituye uno de sus elementos más característicos (artículo 215 TRLCSP).

A pesar de la exclusión de su ámbito de aplicación, la ley somete la adjudicación de estos contratos a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa. Si bien la forma concreta de aplicación de estos principios quedará al criterio y forma que establezca el órgano de contratación. Tratándose de poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administración pública vendrán obligados a aplicar sus correspondientes instrucciones internas de contratación (Artículo 191) dado que es el documento que establece la forma en que esa entidad concreta garantiza la aplicación de lo mencionados principios rectores de la contratación pública.

3. CONTRATOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS INCLUIDOS

Se encuentran incluidos en el ámbito objetivo de aplicación los contratos de servicio de investigación y desarrollo (categoría 8 del anexo II) que no reúnan las características y elementos que hemos visto que justifican su exclusión.

Los elementos esenciales del contrato de I + D incluidos en el TRLCSP son los siguientes:

- Son remunerados o pagados íntegramente por el poder adjudicador.
- Se ejecutan a riesgo y ventura del empresario.

Los resultados obtenidos son propiedad del poder adjudicador comprador.

El régimen jurídico de los contratos de I + D es el régimen general de los contratos de servicio, si bien existe una importante matización en los contratos de I + D sujetos a regulación armonizada, ya que el artículo 13.1 del TRLCSP considera contratos SARA a los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 €. No obstante el artículo 13.2 determina una importante excepción:

No obstante lo señalado en el apartado anterior, no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes:

b) Los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.

La distinción se hace descansar en este caso en otro concepto con un alto grado de indefinición cual es el tratamiento que se da a los resultados. Se parte de la base de que el órgano de contratación es el propietario único de los resultados derivados de los servicios de investigación y desarrollo que se han contratado, pero el matiz se produce a la hora de determinar el tratamiento o el destino que se dará a esos resultados: si son para el uso exclusivo del órgano contratante en el ejercicio de su actividad propia (sumado a que el valor estimado del contrato es superior a los 130.000 ó 200.000 €, en función de cual sea el órgano convocante) será un contrato sujeto a regulación armonizada, si esta premisa no se cumple, es decir, si el resultado no se reserva para su utilización exclusiva será un contrato ordinarios no SARA.

Se trata de un distinción fundamental desde el punto de vista del procedimiento a seguir para la adjudicación del contrato (sobre todo en cuanto a su publicidad y plazos) que descansa sobre una premisa muy débil y que en la mayoría de los casos dado el carácter de los órganos de contratación y el inherente interés público que preside su actuación, nos encontraremos la excepción del artículo 13.2.b), no siendo, por tanto, contratos sujetos a regulación armonizada, dado que lo más normal será que el órgano de contratación no se reserve los resultados para su utilización exclusiva sino que los destine a la mejora del conocimiento y de la ciencia del aspecto concreto que se investigue, dotándolo de valor público añadido y revertiendo el resultado obtenido a la sociedad en su conjunto.

Los pliegos reguladores de la licitación deben, por tanto regular de forma clara el tratamiento y el destino que se dará a los resultados obtenidos, siendo jurídicamente exigible que una vez concluido el contrato el resultado se difunda y se comparta de forma efectiva.

Se adjunta a este artículo un cuadro sinóptico que incluye los elementos principales para la distinción de las distintas modalidades de contrato de I + D estudiadas en este artículo.

CUADRO RESUMEN DEL TRATAMIENTO DE LOS CONTRATOS DE I + D EN EL TRLCSP

		REMUNERACIÓN FINANCIACION DEL CONTRATO	RESULTADOS	RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATO	REGULACIÓN	OTRAS CARACTERÍSTICAS ESPECIALES
CONTRATOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS EXLUIDOS DEL TRLCSP	CONVENIOS I + D	Repartida entre los firmantes del convenio. Puede ser que se aporten medios y no dinero.	Compartidos en todo caso	Compartido	Art. 4.1.d TRLCSP y Anexo II	- No tienen naturaleza contractual - Pueden ser más de dos partes
	CONTRATOS I + D OPI'S	Proyectos encomendados en procesos de concurrencia competitiva	Resultados ligados a retornos científicos o tecnológicos susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico	No se especifica	Art. 4.1.q TRLCSP	El ámbito de aplicación de esta excepción se restringe en exclusiva a los OPIS y organismos similares de las CCAA
	CONTRATOS I + D COMPRA PÚBLICA PRE-COMERCIAL	Íntegramente por el órgano de contratación	Compartidos. Deben consistir en soluciones innovadoras	Compartido	Art. 4.1.r TRLCSP	Sometidos a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y elección de la oferta económicamente más ventajosa
CONTRATOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS INCLUIDOS EN EL TRLCSP	CONTRATOS I + D NO SARA	Íntegramente por el órgano de contratación	No se reservan para la utilización exclusiva del órgano contratante en el ejercicio de su actividad propia	Del empresario (régimen general Art. 215)	Regulación general Contrato de servicio del TRLCSP y Art. 13.2.b	
	CONTRATOS I + D SARA	Íntegramente por el órgano de contratación	Se reservan para la utilización exclusiva del órgano contratante en el ejercicio de su actividad propia	Del empresario (régimen general Art. 215)	Regulación general Contrato de servicio del TRLCSP	

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de la Unión Europea Año 2013^(*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En los Asuntos Generales de la Unión Europea en el segundo cuatrimestre de 2013 cabe destacar el Acuerdo del Consejo sobre un Tribunal unificado de patentes (DOUE C 175, 20.06.2013, p. 1).

En cuanto a los Asuntos Financieros, se modifica el Acuerdo interinstitucional, de 17 de mayo de 2006, sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera en relación con el Marco Financiero Plurianual, a fin de tener en cuenta las necesidades de gasto resultantes de la adhesión de Croacia a la Unión Europea, en vigor desde el 1 de julio de 2013 (DOUE L 209, 3.08.2013, p. 14). También se decide la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, para asistencia técnica a iniciativa de la Comisión (DOUE L 209, 3.08.2013, p. 16), a petición de Austria (DOUE L 160, 12.06.2013, p. 11), y de Italia (DOUE L 160, 12.06.2013, p. 12; DOUE L 160, 12.06.2013, p. 13).

En lo que se refiere a los Asuntos Institucionales, la incorporación de Croacia como el vigésimo octavo Estado miembro de la Unión Europea va a suponer la aplicación de las adaptaciones necesarias de las Instituciones a un Estado miembro más. En ese sentido, y pendiente desde la ratificación del Tratado de Lisboa por Irlanda y las condiciones que exigió para hacerlo, finalmente se adopta por el Consejo Europeo la Decisión relativa al número de miembros de la Comisión Europea, que mantiene un Comisario por cada Estado miembro (DOUE L 165, 18.06.2013, p. 98). En consecuencia se nombra a un miembro, croata, de la Comisión Europea (DOUE L 183, 2.07.2013, p. 10). También se modifica el Reglamento interno del Consejo para adoptar mayoría cualificada a la adhesión de Croacia (DOUE L 183, 2.07.2013, p. 11).

(*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante el 2º cuatrimestre de 2013.

En relación con el Parlamento Europeo, se fija el período para la octava elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, que tendrá lugar del 22 al 25 de mayo de 2014 (DOUE L 169, 21.06.2013, p. 69), e igualmente se fija, la composición del Parlamento Europeo, considerando la incorporación de Croacia (DOUE L 181, 29.06.2013, p. 57), se adapta la Directiva 94/80/CE, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, con motivo de la adhesión de la República de Croacia (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 231). También se elige nueva Defensora del Pueblo Europeo, la Sra. Emily O'Reilly, irlandesa, primera mujer en ocupar el cargo. Sustituirá al griego Nikiforos Diamandouros a partir del 1 de octubre, ya que éste decidió poner fin a su mandato antes de tiempo. (DOUE L 193, 16.07.2013, p. 17)

El Tribunal de Justicia también necesita adaptaciones tras la incorporación de un nuevo Estado miembro, y así se nombra a un juez del Tribunal General (DOUE L 184, 3.07.2013, p. 5), a un juez del Tribunal de Justicia (DOUE L 184, 3.07.2013, p. 6) y se modifican tanto el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 65) como el Reglamento de Procedimiento del Tribunal General (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 66). El aumento del número de Estados miembros implica también el aumento de los asuntos que llegan al Tribunal, y en enero de 2013 el Tribunal de Justicia solicitó que se aumentara en tres personas el número de sus abogados generales. Dicha solicitud se fundamenta en la preocupación por que el Tribunal pueda seguir sometiendo al trámite de conclusiones todos los asuntos que lo requieran sin alargar por ello el plazo global de tramitación de los asuntos de que se trate. El Consejo decide, en consecuencia, dicho aumento (DOUE L 179, 29.06.2013, p. 92), que se concretará en el nombramiento de un abogado general más a partir del 1 de julio de 2013, y dos más a partir del 7 de octubre de 2015.

Igualmente hay que nombrar a un miembro del Tribunal de Cuentas (DOUE L 191, 12.07.2013, p. 11), que publica su Informe sobre la gestión presupuestaria y financiera del ejercicio 2012 (DOUE C 135, 14.05.2013, p. 1)

También hay que nombrar los miembros y suplentes croatas del Comité de las Regiones (DOUE L 183, 2.07.2013, p. 8), revisar el Reglamento interno del Comité de las Regiones (DOUE L 123, 4.05.2013, p. 27) y nombrar los miembros croatas del Comité Económico y Social Europeo (DOUE L 183, 2.07.2013, p. 9). En el Comité Económico y Social Europeo también se nombra a un miembro español, D. Eduardo Pueyo Pérez (DOUE L 206, 2.08.2013, p. 6)

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En los ámbitos de la Unión aduanera y Libre circulación de mercancías, se modifican el reglamento por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del reglamento (CEE) n° 2913/92 del Consejo por el que se establece el código aduanero comunitario (DOUE L 159, 11.06.2013, p. 1) y la fecha de aplicación del Reglamento (CE) n° 450/2008 por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado) /DOUE L 165, 18.06.2013, p. 62). También se modifican o derogan determinados reglamentos relativos a la clasificación de las mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 130, 15.05.2013, p. 1), se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L 198, 23.07.2013, p. 35) y el reglamento relativo a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L 200, 25.07.2013, p. 12).

La clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada, experimenta numerosas modificaciones, como por otra parte suele ser habitual. (DOUE L 130, 15.05.2013, p. 15; DOUE L 130, 15.05.2013, p. 17; DOUE L 130, 15.05.2013, p. 19; DOUE L 160, 12.06.2013, p. 2; DOUE L 162, 14.06.2013, p. 3; DOUE L 175, 27.06.2013, p. 9; DOUE L 175, 27.06.2013, p. 11; DOUE L 186, 5.07.2013, p. 1; DOUE L 193, 16.07.2013, p. 2; DOUE L 193, 16.07.2013, p. 4; DOUE L 198, 23.07.2013, p. 36; DOUE L 200, 25.07.2013, p. 1; DOUE L 200, 25.07.2013, p. 4; DOUE L 200, 25.07.2013, p. 6; DOUE L 200, 25.07.2013, p. 8; DOUE L 200, 25.07.2013, p. 10; DOUE L 200, 25.07.2013, p. 14; DOUE L 200, 25.07.2013, p. 16; DOUE L 202, 27.07.2013, p. 6; DOUE L 203, 30.07.2013, p. 1; DOUE L 203, 30.07.2013, p. 4; DOUE L 214, 9.08.2013, p. 3).

Además se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 732/2008 del Consejo por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas (DOUE L 143, 30.05.2013, p. 11), y se deroga el reglamento por el que se retira temporalmente a Myanmar/Birmania el beneficio de las preferencias arancelarias generalizadas (DOUE L 181, 29.06.2013, p. 13).

También se modifican el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1225/2011 por lo que se refiere a la comunicación de información a efectos de la concesión de franquicias aduaneras (DOUE L 147, 1.06.2013, p. 1) y el Reglamento (UE) n° 1344/2011, por el que se suspenden los derechos autónomos del arancel aduanero común sobre algunos productos industriales, agrícolas y de la pesca

(DOUE L 179, 29.06.2013, p.22), así como el Reglamento (UE) n° 7/2010 relativo a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de la Unión autónomos para determinados productos agrícolas e industriales (DOUE L 179, 29.06.2013, p.43)

En lo que respecta a la Política Comercial, la celebración de Tratados internacionales suele ser un elemento fundamental de la misma, en este segundo cuatrimestre, se celebran diversos acuerdos internacionales. Así se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la Federación de Rusia sobre precursores de drogas (DOUE L 154, 6.06.2013, p. 5) y también se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Administrativo del Convenio TIR, respecto a la propuesta de enmienda del Convenio relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR (Convenio TIR de 1975) (DOUE L 209, 3.08.2013, p. 17).

Igualmente se adopta normativa relativa a las excepciones a las reglas de origen establecidas en el anexo II del Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, que se aplican dentro de contingentes de determinados productos procedentes del Perú (DOUE L 121, 3.05.2013, p. 30) y procedentes de Colombia (DOUE L 204, 31.07.2013, p. 40). También sobre la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de la Unión para los productos agrícolas originarios de Colombia (DOUE L 204, 31.07.2013, p. 43).

En relación con esta política, se modifica el anexo II del Reglamento (UE) n° 1233/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la aplicación de determinadas directrices en materia de créditos a la exportación con apoyo oficial (DOUE L 207, 2.08.2013, p. 1). Y se adoptan otras medidas, como la suspensión de la introducción en la Unión de especímenes de determinadas especies de fauna y flora silvestres (DOUE L 169, 21.06.2013, p. 1). Se modifica el Reglamento (CE) n° 1236/2005 del Consejo, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (DOUE L 169, 21.06.2013, p. 46) y también se modifica el Reglamento (CE) n° 2368/2002 del Consejo por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto (DOUE L 177, 28.06.2013, p. 15; DOUE L 222, 17.08.2013, p. 1).

Finalmente también se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 32/2000 del Consejo en lo referente al nuevo contingente arancelario de la

Unión consolidado en el GATT para las preparaciones alimenticias no expresadas ni comprendidas en otra parte, asignado a los Estados Unidos de América (DOUE L 177, 28.06.2013, p. 21)

III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En la Política Agrícola, y en relación con los asuntos más generales, los Fondos, las restituciones, las compraventas y la intervención, y el régimen de las regiones ultraperiféricas, caben destacar la modificación del Reglamento (CE) n° 883/2006, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1290/2005 del Consejo en lo que se refiere a la contabilidad de los organismos pagadores, a las declaraciones de gastos y de ingresos y a las condiciones de reintegro de los gastos en el marco del FEAGA y del Feader (DOUE L 120, 1.05.2013, p. 9). En esta materia se excluyen de la financiación de la Unión Europea determinados gastos efectuados por los Estados miembros con cargo a la sección de Garantía del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA), al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DOUE L 123, 4.05.2013, p. 11; DOUE L 219, 15.08.2013, p. 49).

Igualmente se modifican diversos reglamentos en lo que atañe a las obligaciones de notificación en el ámbito de la organización común de mercados agrícolas y se deroga el Reglamento (CE) n° 491/2007 (DOUE L 167, 19.06.2013, p. 26). También se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 564/2012, por el que se establecen los límites máximos presupuestarios aplicables en 2012 a determinados regímenes de ayuda directa previstos en el Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo (DOUE L 172, 25.06.2013, p. 9) y se adopta un reglamento relativo a determinadas disposiciones de aplicación respecto de la teneduría de libros para el registro de las explotaciones agrícolas (DOUE L 203, 30.07.2013, p. 6)

Se complementa el Reglamento (CE) n° 73/2009 del Consejo en lo que atañe a la base de cálculo de las reducciones que deben aplicar los Estados miembros a los agricultores debido al ajuste de los pagos en 2013 y a la disciplina financiera en el año natural 2013 (DOUE L 183, 2.07.2013, p. 1) y se modifica el Reglamento (UE) n° 578/2010 en lo que respecta a los importes de las restituciones a la exportación, que no cubren los certificados, para determinados productos agrícolas en forma de mercancías no incluidas en el anexo I del Tratado, y la notificación por los Estados miembros de determinados datos relacionados (DOUE L 172, 25.06.2013, p. 11).

En otros aspectos generales de esta política, se corrige el Reglamento (CE) n° 1235/2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo en lo que se refiere a las importaciones de productos ecológicos procedentes de terceros países (DOUE L 167, 19.06.2013, p. 30) y se modifica el Reglamento (CE) n° 501/2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 3/2008 del Consejo sobre acciones de información y de promoción de los productos agrícolas en el mercado interior y en los mercados de terceros países (DOUE L 204, 31.07.2013, p. 26). Se adopta un reglamento relativo a la apertura y el modo de gestión de los contingentes arancelarios de carnes de vacuno de calidad superior fresca, refrigerada o congelada, y de carne de búfalo congelada (DOUE L 170, 22.06.2013, p. 32).

En cuanto a relaciones con algunos terceros Estados, se adopta un reglamento relativo a la apertura y modo de gestión de los contingentes arancelarios de la Unión para los productos agrícolas originarios del Perú (DOUE L 121, 3.05.2013, p. 35) y se modifica el Reglamento (CE) n° 798/2008 en lo que respecta a la entrada correspondiente a México de la lista de terceros países, territorios, zonas o compartimentos desde los cuales están permitidos la importación en la Unión o el tránsito por la misma de determinadas mercancías (DOUE L 129, 14.05.2013, p. 25), así como la Decisión 2007/777/CE en lo que respecta a la entrada correspondiente a México de la lista de terceros países o partes de terceros países desde donde está autorizada la introducción en la Unión de productos cárnicos y estómagos, vejigas e intestinos tratados (DOUE L 129, 14.05.2013, p. 38). También se modifican la Decisión 2007/777/CE en lo que se refiere al tránsito de determinados productos cárnicos y de estómagos, vejigas e intestinos tratados destinados al consumo humano procedentes de Bosnia y Herzegovina (DOUE L 164, 18.06.2013, p. 27) y los Reglamentos (CE) n° 798/2008, (UE) n° 206/2010, (UE) n° 605/2010 y (UE) n° 28/2012 en lo que se refiere al tránsito de determinados productos de origen animal procedentes de Bosnia y Herzegovina (DOUE L 164, 18.06.2013, p. 13).

Se establecen medidas transitorias respecto a los contingentes de importación de leche, debido a la adhesión de Croacia a la Unión Europea (DOUE L 133, 17.05.2013, p. 13) y para determinados productos de origen animal introducidos en Croacia desde terceros países antes del 1 de julio de 2013 (DOUE L 164, 18.06.2013, p. 25). También se modifica el Reglamento (CE) n° 555/2008 en lo que atañe a la realización de análisis isotópicos de los productos vitivinícolas en Croacia durante un período transitorio (DOUE L 172, 25.06.2013, p. 13).

Además, se establecen excepciones a los Reglamentos (CE) n° 412/2008 y (CE) n° 431/2008 en lo que atañe a los contingentes de importación de carne de vacuno para el período comprendido entre el 1 de julio de 2013 y el 30 de junio de 2014 (DOUE L 133, 17.05.2013, p. 159) y se establecen listas de terceros países, territorios o bien partes de terceros países o territorios autorizados a introducir en la Unión Europea determinados animales o carne fresca y los requisitos de certificación veterinaria (DOUE L 139, 25.05.2013, p. 6). Igualmente se modifica el Reglamento (CE) n° 1235/2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 834/2007 del Consejo en lo que se refiere a las importaciones de productos ecológicos procedentes de terceros países y se establecen excepciones al Reglamento (CE) n° 1235/2008 en lo que atañe a la fecha de presentación del informe anual (DOUE L 169, 21.06.2013, p. 51).

En materias relacionadas con la protección de la salud, se adopta un reglamento que introduce medidas de salvaguardia relativas a las importaciones de moluscos bivalvos procedentes de Turquía y destinados al consumo humano (DOUE L 205, 1.08.2013, p. 1) y se modifica el anexo III de la Directiva 2002/99/CE del Consejo, por la que se establecen las normas zoonitarias aplicables a la producción, transformación, distribución e introducción de los productos de origen animal destinados al consumo humano, para añadir un tratamiento destinado a eliminar determinados riesgos zoonitarios en la carne (DOUE L 206, 2.08.2013, p. 13). También se modifica el Reglamento (UE) n° 206/2010 de la Comisión, por el que se establecen listas de terceros países, territorios o bien partes de terceros países o territorios autorizados a introducir en la Unión Europea determinados animales o carne fresca y los requisitos de certificación veterinaria (DOUE L 219, 15.08.2013, p. 1)

Y continuando con esta materia, se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 669/2009 por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la intensificación de los controles oficiales de las importaciones de determinados piensos y alimentos de origen no animal (DOUE L 175, 27.06.2013, p. 34) y también se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 996/2012 por el que se imponen condiciones especiales a la importación de piensos y alimentos originarios o procedentes de Japón a raíz del accidente en la central nuclear de Fukushima (DOUE L 143, 30.05.2013, p. 3), así como la Decisión de Ejecución 2011/884/UE sobre las medidas de emergencia relativas al arroz modificado genéticamente no autorizado en los productos a base de arroz originarios de China (DOUE L 162, 14.06.2013, p. 10).

En relación con la regulación de productos, vegetales, cereales, y hortalizas se modifica el Reglamento (CE) n° 1238/95 en relación con la cuantía de las tasas anuales que deben pagarse a la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (DOUE L 177, 28.06.2013, p. 20) y se modifica y corrige el Reglamento de Ejecución (UE) n° 543/2011 en lo que se refiere a las normas de comercialización del sector de las frutas y hortalizas (DOUE L 170, 22.06.2013, p. 43)

Se abre un contingente arancelario de determinadas cantidades de azúcar industrial para la campaña de comercialización 2013/14 (DOUE L 136, 23.05.2013, p. 9) y se fija hasta el final de la campaña de comercialización 2013/14 el límite cuantitativo de las exportaciones de azúcar e isoglucosa fuera de cuota (DOUE L 138, 24.05.2013, p. 5). También se establecen medidas excepcionales adicionales en lo que respecta a la venta en el mercado de la Unión de azúcar y de isoglucosa producidos al margen de las cuotas con una tasa por excedentes reducida en la campaña de comercialización 2012/13 (DOUE L 147, 1.06.2013, p. 3; DOUE L 179, 29.06.2013, p.55)

Se modifica el Reglamento (CE) n° 555/2008 en lo que respecta a los programas nacionales de ayuda y los intercambios comerciales con terceros países en el sector vitivinícola (DOUE L 210, 6.08.2013, p. 17). Igualmente se modifican el Reglamento (CE) n° 637/2009 en lo que respecta a la clasificación de determinadas especies vegetales a efectos de evaluación de la adecuación de las denominaciones de las variedades (DOUE L 213, 8.08.2013, p. 16) y las Directivas 2002/55/CE y 2008/72/CE del Consejo y la Directiva 2009/145/CE de la Comisión por lo que se refiere al nombre botánico del tomate (DOUE L 213, 8.08.2013, p. 20)

En lo que respecta a cuestiones de seguridad y sanitarias, se modifican el Reglamento de Ejecución (UE) n° 788/2012 por lo que se refiere al período de análisis de determinados plaguicidas realizado con carácter voluntario (DOUE L 139, 25.05.2013, p. 4) y del Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo los anexos II, III y IV en lo relativo a los límites máximos de residuos de acetamiprid, Adoxophyes orana granulovirus, cepa BV-0001, azoxistrobina, clotianidina, fenpirazamina, heptamaloxyloglucan, metrafenona, Paecilomyces lilacinus, cepa 251, propiconazol, quizalofop-P, espiromesifeno, tebuconazol, tiametoxam y del virus del mosaico amarillo del calabacín, cepa débil, en determinados productos (DOUE L 151, 4.06.2013, p. 1) y los anexos II, III y V por lo que respecta a los límites máximos de residuos de difenilamina en determinados productos (DOUE L 217, 13.08.2013, p. 1)

En relación con los productos fitosanitarios, se autorizan diversas sustancias activas a efectos de su comercialización, así eugenol, (DOUE L 163, 15.06.2013, p. 17), tímolo (DOUE L 167, 19.06.2013, p. 33), geraniol (DOUE L 168, 20.06.2013, p. 18), fluopyram (DOUE L 225, 23.08.2013, p. 13), fosfato de sodio (DOUE L 233, 31.08.2013, p. 3), piriofenona (DOUE L 233, 31.08.2013, p. 7), sedaxane (DOUE L 232, 30.08.2013, p. 13), *Aureobasidium pullulans* (cepas DSM 14940 y DSM 14941) (DOUE L 232, 30.08.2013, p. 18), emamectina (DOUE L 232, 30.08.2013, p. 23), *Pseudomonas* sp., cepa DSMZ 13134, (DOUE L 232, 30.08.2013, p. 29).

Se modifican las condiciones de aprobación de las sustancias activas, dióxido de carbono (DOUE L 159, 11.06.2013, p. 6), ácido acético (DOUE L 222, 17.08.2013, p. 6), y piretrinas (DOUE L 224, 22.08.2013, p. 9). Por otra parte también se modifican las condiciones de aprobación de determinadas sustancias activas y se prohíben el uso y la venta de semillas tratadas con productos fitosanitarios que las contengan, así la clotianidina, tiametoxam e imidacloprid, (DOUE L 139, 25.05.2013, p. 12), fipronil (DOUE L 219, 15.08.2013, p. 22). Se modifica la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas 1-metilciclopropeno, clorotalonil, clorotoluron, cipermetrina, daminozida, forclorfenurón, indoxacarbe, tiofanato-metil y tribenurón (DOUE L 159, 11.06.2013, p. 9). Y se retira la aprobación de la sustancia activa bitertanol (DOUE L 214, 9.08.2013, p. 5).

Y en esta materia, por último, se modifica la Decisión 2006/473/CE en lo relativo al reconocimiento de determinados terceros países y determinadas regiones de terceros países como exentos de *Xanthomonas campestris* (todas las cepas patógenas para el género *Citrus*), *Cercospora angolensis* Carv. et Mendes y *Guignardia citricarpa* Kiely (todas las cepas patógenas para el género *Citrus*) (DOUE L 145, 31.05.2013, p. 35)

En cuanto a la regulación de los sectores ganaderos y de aves de corral, se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que atañe a la relación de precios de determinados animales de la especie bovina en los mercados representativos de la Unión (DOUE L 228, 27.08.2013, p. 5)

En lo que se refiere a los piensos y a la alimentación animal, se autorizan, un preparado de endo-1,4-beta-xilanasas, endo-1,3(4)-beta-glucanasas y endo-1,4-beta-glucanasas producido por *Trichoderma reesei* (ATCC 74444) como aditivo para la alimentación de aves de engorde y ponedoras y para lechones destetados (titular de la autorización: DSM Nutritional Products) (DOUE L

121, 3.05.2013, p. 26), la seleniometionina producida por *Saccharomyces cerevisiae* NCYC R646 como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 127, 9.05.2013, p. 20), un preparado de *Lactobacillus kefir* DSM 19455 como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 217, 13.08.2013, p. 30), cloruro de colina como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 224, 22.08.2013, p. 1), ácido fólico como aditivo en la alimentación de todas las especies animales (DOUE L 225, 23.08.2013, p. 17), un preparado de *Bifidobacterium animalis* ssp. *animalis* DSM 16284, *Lactobacillus salivarius* ssp. *salivarius* DSM 16351 y *Enterococcus faecium* DSM 21913 como aditivo en la alimentación de pollos de engorde (titular de la autorización: Biomin GmbH) (DOUE L 163, 15.06.2013, p. 13), un preparado de *Enterococcus faecium* DSM 7134 como aditivo en la alimentación de pollos criados para puesta y especies avícolas menores no utilizadas para puesta (titular de la autorización: Lactosan GmbH & Co KG) (DOUE L 217, 13.08.2013, p. 32), el análogo hidroxilado de la seleniometionina como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 130, 15.05.2013, p. 21), chelato de zinc de metionina (1:2) como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 183, 2.07.2013, p. 3), clinoptilolita de origen sedimentario como aditivo para piensos destinados a todas las especies de animales y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1810/2005 (DOUE L 189, 10.07.2013, p. 1), DL-metionina, sal sódica de DL-metionina, análogo hidroxilado de metionina, sal cálcica del análogo hidroxilado de metionina, éster isopropílico del análogo hidroxilado de metionina, DL-metionina protegida con el copolímero vinilpiridina/estireno y DL-metionina protegida con etilcelulosa como aditivos para piensos (DOUE L 136, 23.05.2013, p. 1).

Continuando con las sustancias y preparados, se autorizan, acetato de cobalto(II) tetrahidratado, carbonato de cobalto(II), hidróxido de carbonato de cobalto(II) (2:3) monohidratado, sulfato de cobalto(II) heptahidratado e hidróxido de carbonato de cobalto(II) (2:3) monohidratado granulado recubierto como aditivos para piensos (DOUE L 172, 25.06.2013, p. 14), diclazuril como aditivo de piensos para pollos criados para puesta (titular de la autorización: Eli Lilly and Company Ltd) (DOUE L 192, 13.07.2013, p. 35), un preparado de *Bacillus subtilis* (ATCC PTA-6737) como aditivo en la alimentación de pavos de engorde y pavos criados para la reproducción (titular de la autorización: Kemin Europa N.V.) (DOUE L 220, 17.08.2013, p. 15), niacina y la niacinamida como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 186, 5.07.2013, p. 4), cloruro de amonio como aditivo en la alimentación de rumiantes, gatos y perros (titular de la autorización: BASF SE) (DOUE L 202, 27.07.2013, p. 17), un preparado de *Pediococcus acidilactici* CNCM MA 18/5M como aditivo en la alimentación animal para su uso en el agua potable

destinada a lechones destetados, cerdos de engorde, gallinas ponedoras y pollos de engorde (titular de la autorización: Lallemand SAS) (DOUE L 125, 7.05.2013, p. 1), un preparado de *Enterococcus faecium* NCIMB 11181 como aditivo en la alimentación de terneros de cría y engorde y de lechones destetados (titular de la autorización: Chr. Hansen A/S) (DOUE L 224, 22.08.2013, p. 6), el azul patentado V como aditivo para piensos destinados a animales no productores de alimentos (DOUE L 186, 5.07.2013, p. 7).

En esa materia se deniega la autorización de la sustancia 3-acetil-2,5-dimetiltiofeno como aditivo para piensos (DOUE L 224, 22.08.2013, p. 4) y se modifica el Reglamento (CE) n° 152/2009 en cuanto a los métodos de muestreo y análisis (DOUE L 197, 20.07.2013, p. 1). También se adopta normativa relativa a las solicitudes de autorización de alimentos y piensos modificados genéticamente de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 641/2004 y el Reglamento (CE) n° 1981/2006 (DOUE L 157, 8.06.2013, p. 1).

También se adopta una decisión referente a la financiación para el año 2013 de las actividades en el ámbito veterinario relativas a la política de información de la Unión Europea, al apoyo a organizaciones internacionales y a diversas medidas necesarias para garantizar la aplicación de la legislación relativa a los alimentos y los piensos y en materia fitosanitaria (DOUE C 170, 15.06.2013, p. 23), y se modifican los anexos II, III y IV de la Decisión 2006/168/CE en lo que respecta a determinados requisitos de certificación veterinaria para las importaciones de embriones de bovinos en la Unión (DOUE L 172, 25.06.2013, p. 32).

Igualmente, y en relación con sustancias farmacológicamente activas, se modifica, con respecto a la sustancia prednisolona, el anexo del Reglamento (UE) n° 37/2010 relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal (DOUE L 121, 3.05.2013, p. 42) y en lo que respecta al ácido ribonucleico bicatenario homólogo del ácido ribonucleico viral que codifica una parte de la proteína de la cápside y una parte de la región intergénica del virus israelí de la parálisis aguda (DOUE L 141, 28.05.2013, p. 4). También se modifican los anexos II y III del Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que respecta a los límites máximos de residuos de 2,4-DB, dimetomorf, indoxacarbo y piraclastrobina en determinados productos (DOUE L 192, 13.07.2013, p. 39), los anexos II, III y V del mismo reglamento, en lo que respecta a los límites máximos de residuos de clodinafop, clomazona, diurón, etalfluralina, ioxinil, iprovalicarbo, hidracida maleica, mepanipirima,

metconazol, prosulfocarb y tepraloxidim en determinados productos (DOUE L 221, 17.08.2013, p. 1) y los anexos II y III en lo que respecta a los límites máximos de residuos de las sustancias acequinocilo, bixafeno, diazinón, difenoconazol, etoxazol, fenhexamida, fludioxonilo, isopirazam, lambda-cihalotrina, profenofós y protioconazol en determinados productos (DOUE L 233, 31.08.2013, p. 11). Además se modifica el anexo III del Reglamento (CE) n° 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los límites autorizados de yeso-toxinas en moluscos bivalvos vivos (DOUE L 220, 17.08.2013, p. 14)

Se adopta un reglamento por el que se establecen responsabilidades y tareas adicionales de los laboratorios de referencia de la UE para la rabia, la tuberculosis bovina y la salud de las abejas, se modifica el Reglamento (CE) n° 737/2008 y se deroga el Reglamento (UE) n° 87/2011 (DOUE L 125, 7.05.2013, p. 7) y se modifica el anexo E de la Directiva 91/68/CEE del Consejo en lo que respecta a los modelos de certificados sanitarios para el comercio dentro de la Unión de animales de las especies ovina y caprina y los requisitos sanitarios relativos a la tembladera (DOUE L 233, 31.08.2013, p. 48)

Se fija la participación financiera de la Unión en los gastos contraídos en el contexto de las intervenciones de urgencia destinadas a combatir la gripe aviar en España en 2009 (DOUE L 133, 17.05.2013, p. 19), se modifican los anexos del Reglamento (CE) n° 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiiformes transmisibles (DOUE L 179, 29.06.2013, p.60).

También se modifica igualmente la Decisión de Ejecución 2012/362/UE relativa a una ayuda financiera de la Unión a determinados Estados miembros para subvencionar estudios voluntarios de vigilancia de las desapariciones de colonias de abejas, en cuanto a la ampliación del plazo para los programas de los Estados miembros sobre estos estudios (DOUE L 135, 22.05.2013, p. 22) así como el Reglamento (CE) n° 917/2004 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 797/2004 del Consejo relativo a las medidas en el sector de la apicultura (DOUE L 214, 9.08.2013, p. 7).

El Reglamento (CE) n° 1185/2003 sobre el cercenamiento de las aletas de los tiburones en los buques es modificado, (DOUE L 181, 29.06.2013, p. 1), y también la Decisión 2009/821/CE en lo relativo a las listas de puestos de inspección fronterizos y unidades veterinarias de Traces (DOUE L 139, 25.05.2013, p. 29; DOUE L 164, 18.06.2013, p. 22). También se adopta una decisión relativa a medidas para impedir la introducción en la Unión del virus

de la peste porcina africana procedente de terceros países o partes del territorio de terceros países en los que se ha confirmado la presencia de dicha enfermedad (DOUE L 211, 7.08.2013, p. 5).

Se adopta un reglamento relativo a los desplazamientos sin ánimo comercial de animales de compañía y se deroga el Reglamento (CE) n° 998/2003 (DOUE L 178, 28.06.2013, p. 1). Se modifica la Directiva 92/65/CEE del Consejo por lo que se refiere a los requisitos zoonosanitarios que rigen el comercio dentro de la Unión y las importaciones en la Unión de perros, gatos y hurones (DOUE L 178, 28.06.2013, p. 107) y se adopta normativa relativa a los modelos de documentos de identificación para los desplazamientos sin ánimo comercial de perros, gatos y hurones, la elaboración de listas de terceros países y territorios y los requisitos lingüísticos, de formato y de configuración de las declaraciones por las que se certifique el cumplimiento de determinadas condiciones establecidas en el Reglamento (UE) n° 576/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 178, 28.06.2013, p. 109)

En el sector de los productos derivados de la ganadería se rectifica el Reglamento (CE) n° 589/2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo que atañe a las normas de comercialización de los huevos (DOUE L 133, 17.05.2013, p. 17).

Por último, y como suele ser habitual se adopta un reglamento por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1234/2007 del Consejo en lo relativo a la concesión de una ayuda comunitaria para el suministro de leche y determinados productos lácteos a los alumnos de centros escolares (DOUE L 211, 7.08.2013, p. 1)

IV. POLÍTICA PESQUERA

En el ámbito de la Política de Pesca, suele ser necesario para la Unión Europea la celebración de Tratados internacionales de pesca, sobre distintos aspectos de la misma. A estos efectos se adoptan dos decisiones, una sobre la posición que debe tomar en nombre de la Unión Europea en el 65o período de sesiones del Comité de Protección del Medio Marino en lo que respecta a las modificaciones al Régimen de evaluación del estado de los buques, y en el 92o período de sesiones del Comité de Seguridad Marítima en lo que respecta a las modificaciones al Código Internacional de Gestión de la Seguridad, así como a las modificaciones al capítulo III del Convenio SOLAS y a los Códigos de naves de gran velocidad de 1994 y 2000 relativos a la entrada en espacios ce-

rrados y ejercicios de rescate (DOUE L 155, 7.06.2013, p. 1), y otra relativa a la posición que debe tomarse en nombre de la Unión Europea en la Organización Marítima Internacional (OMI) en relación con la adopción de determinados códigos y las enmiendas correspondientes de determinados convenios y protocolos (DOUE L 155, 7.06.2013, p. 3). También se decide la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Costa de Marfil (2013-2018) (DOUE L 170, 22.06.2013, p. 1 y 2).

En cuanto al régimen general de la pesca y flotas pesqueras se modifica el anexo II de la Decisión 2006/766/CE en lo que respecta a la inclusión de Tristán da Cunha en la lista de terceros países y territorios desde los que se autorizan las importaciones de determinados productos de la pesca destinados al consumo humano y a la supresión de Mayotte de dicha lista (DOUE L 206, 2.08.2013, p. 7), y se aprueban por la Comisión los planes de muestreo, los planes de control y los programas comunes de control para el pesaje de los productos de la pesca de conformidad con los artículos 60 y 61 del Reglamento (CE) n° 1224/2009 del Consejo (DOUE L 206, 2.08.2013, p. 16)

La protección del medio marino y las cuotas generales de pesca son también objeto de regulación en este cuatrimestre y así se prohíbe temporalmente la pesca de gallineta nórdica en la zona NAFO 3M por parte de los buques que enarbolan pabellón de la Unión Europea (DOUE L 164, 18.06.2013, p. 3), se reparten las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Costa de Marfil (2013-2018) (DOUE L 170, 22.06.2013, p. 21), se establece un programa específico de control e inspección de las pesquerías de bacalao, arenque, salmón y espadín del Mar Báltico (DOUE L 170, 22.06.2013, p. 66) y se establecen medidas respecto a las islas Feroe con el fin de garantizar la conservación de la población del arenque atlántico-escandinavo (DOUE L 223, 21.08.2013, p. 1).

También se modifica la Decisión 2011/207/UE, por la que se establece un programa específico de control e inspección con miras a la recuperación de las poblaciones de atún rojo del Atlántico oriental y el Mediterráneo (DOUE L 219, 15.08.2013, p. 33), se establece un programa específico de control e inspección de las pesquerías de bacalao, solla y lenguado en el Kattogat, el Mar del Norte, el Skagerrak, la parte oriental del canal de la Mancha, las aguas al oeste de Escocia y el mar de Irlanda (DOUE L 175, 27.06.2013, p. 61), se prohíbe la pesca de gallineta nórdica en la zona NAFO 3M por parte de los bu-

ques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea (DOUE L 232, 30.08.2013, p. 3), se modifica el Reglamento (UE) n° 468/2010, por el que se establece la lista de la UE de los buques que practican una pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE L 193, 16.07.2013, p. 6) y también se modifica el Reglamento (UE) n° 1259/2012 relativo al reparto de las posibilidades de pesca con arreglo al Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de Asociación en el sector pesquero entre la Unión Europea y la República Islámica de Mauritania para un período de dos años (DOUE L 195, 18.07.2013, p. 15).

En este ámbito igualmente se establecen las posibilidades de pesca de anchoa en el Golfo de Vizcaya para la campaña de pesca 2013/2014 (DOUE L 201, 26.07.2013, p. 8), se decide una participación financiera de la Unión en los programas de control de la actividad pesquera realizados por los Estados miembros en 2013 (DOUE L 204, 31.07.2013, p. 54) y se adopta un reglamento por el que se efectúan deducciones de las cuotas de pesca disponibles para determinadas poblaciones en 2013, debido a la sobrepesca practicada en años anteriores (DOUE L 215, 10.08.2013, p. 1)

En lo que se refiere a las limitaciones de pesca a la flota española, se prohíben las actividades pesqueras de los cerqueros con pabellón o matrícula de Francia, Grecia, Italia, Malta y España que practican la pesca de atún rojo en el océano Atlántico, al este del meridiano 45° O, y en el mar Mediterráneo (DOUE L 175, 27.06.2013, p. 43). También se prohíben las actividades pesqueras de las almadrabas registradas en España que practican la pesca de atún rojo en el océano Atlántico, al este del meridiano 45° O, y en el mar Mediterráneo (DOUE L 187, 6.07.2013, p. 2) y se prohíben, la pesca de alfonsino en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII y XIV (DOUE L 164, 18.06.2013, p. 5), de brosmio en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas V, VI y VII (DOUE L 164, 18.06.2013, p. 7), de eglefino en las zonas VIIb-k, VIII, IX y X y en aguas de la UE del CPACO 34.1.1 (DOUE L 164, 18.06.2013, p. 9), de brótolas de fango en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas V, VI y VII (DOUE L 191, 12.07.2013, p. 1), de maruca azul en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas Vb, VI y VII (DOUE L 191, 12.07.2013, p. 3), de lenguado común en las zonas VIIIa y VIIIb (DOUE L 191, 12.07.2013, p. 5), de carbonero en la zona VI; aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas Vb, XII y XIV (DOUE L 232, 30.08.2013, p. 7), y se establece una exención a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1967/2006 del Consejo en lo concerniente a la distancia mínima de la costa y la profundidad marina mínima en el caso de las redes de tiro desde embarcación

para la pesca de chanquete (*Aphia minuta*) en determinadas aguas territoriales de España (Murcia) (DOUE L 217, 13.08.2013, p. 28).

V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

En relación con la Libre Circulación de Personas, Política Social y de Empleo, se adopta una directiva sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos) (vigésima Directiva específica con arreglo al artículo 16, apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE), y por la que se deroga la Directiva 2004/40/CE (DOUE L 179, 29.06.2013, p. 1).

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En relación al Derecho de Establecimiento y Libre prestación de Servicios, se establece el procedimiento aplicable a los GFIA que opten por acogerse a la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 132, 16.05.2013, p. 1), se establece el procedimiento para determinar el Estado miembro de referencia de un GFIA de fuera de la UE conforme a la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 132, 16.05.2013, p. 3) y se modifica la Directiva 2003/41/CE relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, la Directiva 2009/65/CE, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), y la Directiva 2011/61/UE, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos, en lo que atañe a la dependencia excesiva de las calificaciones crediticias (DOUE L 145, 31.05.2013, p. 1).

Se adoptan decisiones, sobre la adecuación de las autoridades competentes de los Estados Unidos de América con arreglo a la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 161, 13.06.2013, p. 4), sobre la equivalencia de los sistemas de supervisión pública, control de calidad, investigación y sanciones aplicados a los auditores y sociedades de auditoría de los Estados Unidos de América con arreglo a la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 161, 13.06.2013, p. 8) y una última por la que se modifica la Decisión 2011/30/UE sobre la equivalencia de los sistemas de supervisión pública, control de calidad, investigación y sanciones

que aplican algunos terceros países a los auditores y sociedades de auditoría y sobre un período transitorio autorizado para las actividades de auditoría en la Unión Europea de los auditores y sociedades de auditoría de ciertos terceros países (DOUE L 163, 15.06.2013, p. 26).

También se adoptan dos directivas, una relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DOUE L 176, 27.06.2013, p. 338) y otra sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (DOUE L 182, 29.06.2013, p. 19) así como se modifica el Reglamento (CE) n° 809/2004 en lo que respecta a los requisitos de información aplicables a los valores de deuda canjeables y convertibles (DOUE L 213, 8.08.2013, p. 1).

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En el ámbito de la Política de Transportes también es frecuente la celebración de Tratados internacionales, especialmente en lo que se refiere al transporte aéreo, así se adoptan varias decisiones, un en relación con la adopción de un anexo sobre seguridad operacional de la aviación al Memorando de Cooperación entre la Unión Europea y la Organización de Aviación Civil Internacional sobre un marco para la cooperación reforzada (DOUE L 172, 25.06.2013, p. 45), otra en relación con la adopción de un anexo sobre seguridad física de la aviación para el Memorando de Cooperación entre la Unión Europea y la Organización de Aviación Civil Internacional sobre un marco para el mejoramiento de la cooperación (DOUE L 172, 25.06.2013, p. 49), otra por la que se modifican los anexos I y II del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza, relativo a la facilitación de los controles y formalidades en el transporte de mercancías y a las medidas en materia de seguridad (DOUE L 175, 27.06.2013, p. 73), y una última relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo sobre la aplicación del Convenio de los Alpes de 1991 en el ámbito de los transportes (Protocolo de transportes) (DOUE L 177, 28.06.2013, p. 13).

Finalmente en este ámbito se adopta una decisión del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del

Consejo, de 20 de diciembre de 2012, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y la aplicación provisional del Acuerdo euromediterráneo de aviación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Gobierno del Estado de Israel, por otra (DOUE L 208, 2.08.2013, p. 1 y 3).

En lo que se refiere al régimen general de transportes, se autoriza a los Estados miembros a aprobar determinadas excepciones conforme a lo dispuesto en la Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el transporte terrestre de mercancías (DOUE L 130, 15.05.2013, p. 26).

Y en relación a los transportes aéreos, se adopta un reglamento relativo a la definición de proyectos comunes, el establecimiento de un mecanismo de gobernanza y la identificación de los incentivos de apoyo a la ejecución del Plan Maestro de Gestión del Tránsito Aéreo (DOUE L 123, 4.05.2013, p. 1). Se modifica el Reglamento (CE) n° 1033/2006 en lo que atañe a las disposiciones de la OACI mencionadas en el artículo 3, apartado 1, y se deroga el Reglamento (UE) n° 929/2010 (DOUE L 127, 9.05.2013, p. 23) y se establece un sistema de evaluación del rendimiento de los servicios de navegación aérea y de las funciones de red (DOUE L 128, 9.05.2013, p. 1) así como también se establece un sistema común de tarificación de los servicios de navegación aérea (DOUE L 128, 9.05.2013, p. 31).

Se adopta normativa sobre los métodos de trabajo que debe aplicar la Agencia Europea de Seguridad Aérea en las inspecciones de normalización y la supervisión de la aplicación del Reglamento (CE) n° 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 736/2006 de la Comisión (DOUE L 179, 29.06.2013, p.46), se modifica el Reglamento (UE) n° 185/2010 en lo que se refiere a las listas de control de validación de la seguridad aérea de la UE para las entidades de terceros países (DOUE L 190, 11.07.2013, p. 1) y también se modifica el Reglamento (CE) n° 474/2006 por el que se establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad (DOUE L 190, 11.07.2013, p. 54). Igualmente se modifican el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1079/2012 por el que se establecen requisitos de separación entre canales de voz para el Cielo Único Europeo (DOUE L 190, 11.07.2013, p. 37), y el Reglamento (UE) n° 965/2012, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones aéreas en virtud del Reglamento (CE) n° 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 227, 24.08.2013, p. 1).

En cuanto al transporte marítimo, se modifica la Directiva 2009/16/CE so-

bre el control de los buques por el Estado rector del puerto (DOUE L 218, 14.08.2013, p. 1).

Finalmente, respecto al transporte ferroviario se adopta un método común de seguridad para la evaluación y valoración del riesgo y se deroga el Reglamento (CE) n° 352/2009 (DOUE L 121, 3.05.2013, p. 8)

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En este cuatrimestre se produce alguna regulación de los aspectos normativos generales de la Política de la competencia, así la Comisión publica Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020 (DOUE C 209, 23.07.2013, p. 1) y emite una Comunicación sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera («Comunicación bancaria») (DOUE C 216, 30.07.2013, p. 1). También se modifican, el Reglamento (CE) n° 994/98 sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales (DOUE L 204, 31.07.2013, p. 11) y el Reglamento (CE) n° 659/1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DOUE L 204, 31.07.2013, p. 15).

En cuanto a derechos compensatorios y antidumping, se modifica el Reglamento (CE) n° 88/97 relativo a la autorización de la exención de las importaciones de determinadas piezas de bicicleta originarias de la República Popular China, de la ampliación en virtud del Reglamento (CE) n° 71/97 del Consejo, del derecho antidumping establecido por el Reglamento (CEE) n° 2474/93 del Consejo (DOUE L 152, 5.06.2013, p. 1). Se establecen diversos derechos antidumping, provisional sobre las importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (como células y obleas) (DOUE L 152, 5.06.2013, p. 5), derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de accesorios de tubería roscados, moldeados, de fundición maleable (DOUE L 129, 14.05.2013, p. 1), sobre las importaciones de artículos de cerámica para el servicio de mesa o de cocina (DOUE L 131, 15.05.2013, p. 1), derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinados electrodos de wolframio (DOUE L 150, 4.06.2013, p. 1), tablas de planchar y se derogan las medidas antidumping sobre las importaciones de tablas de planchar originarias de Ucrania (DOUE L 198, 23.07.2013, p. 1), bicicletas (DOUE L 153, 5.06.2013, p. 17), se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de

módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (como células y obleas) (DOUE L 209, 3.08.2013, p. 1) originarios o procedentes de la República Popular China.

Se amplía el derecho antidumping definitivo impuesto mediante el Reglamento de Ejecución (UE) n° 990/2011 a las importaciones de bicicletas originarias de la República Popular China a las importaciones de bicicletas procedentes de Indonesia, Malasia, Sri Lanka y Túnez, hayan sido o no declaradas originarias de Indonesia, Malasia, Sri Lanka y Túnez (DOUE L 153, 5.06.2013, p. 1) y se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinado politereftalato de etileno originario de la India, Indonesia, Malasia, la República de Corea, Tailandia y Taiwán (DOUE L 135, 22.05.2013, p. 1)

Se establece un derecho compensatorio definitivo sobre las importaciones de determinado politereftalato de etileno (PET) (DOUE L 137, 23.05.2013, p. 1), un derecho compensatorio definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinadas barras y varillas de acero inoxidable (DOUE L 202, 27.07.2013, p. 2) originario de la India

También se rechaza la propuesta de Reglamento de Ejecución del Consejo por el que se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinado politereftalato de etileno procedentes de la India, Taiwán y Tailandia, tras una reconsideración por expiración de conformidad con el artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1225/2009, y se da por concluido el procedimiento de reconsideración por expiración relativo a las importaciones de determinado politereftalato de etileno procedentes de Indonesia y Malasia, en la medida en que la propuesta impondría un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinado politereftalato de etileno procedentes de la India, Taiwán y Tailandia (DOUE L 136, 23.05.2013, p. 12) y se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de biodiésel originario de Argentina e Indonesia (DOUE L 141, 28.05.2013, p. 6)

En cuanto a las ayudas de Estado a España, se autorizan diversas ayudas, en casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones, respecto a Reestructuración de Caja 3, (DOUE C 138, 17.05.2013, p. 4), a la Adjudicación de Banco CAM a favor de Banco de Sabadell por el FROB (DOUE C 173, 19.06.2013, p. 1), a otras materias (DOUE C 214, 27.07.2013, p. 4; DOUE C 220, 1.08.2013, p. 2).

También se autorizan ayudas a diversas comunidades Autónomas españolas, así al País Vasco (DOUE C 176, 21.06.2013, p. 4; DOUE C 176, 21.06.2013, p. 5; DOUE C 179, 25.06.2013, p. 6; DOUE C 227, 6.08.2013, p. 13) y a Cataluña (DOUE C 214, 27.07.2013, p. 1).

IX. FISCALIDAD

En Política Fiscal, se adopta una directiva por la que se adaptan determinadas Directivas en el ámbito de la fiscalidad, con motivo de la adhesión de la República de Croacia (DOUE L 141, 28.05.2013, p. 30). También se adopta un reglamento relativo al funcionamiento del registro de operadores económicos y depósitos fiscales y a las estadísticas y presentación de información correspondientes, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 389/2012 del Consejo sobre cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 9).

Y se modifican, la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, por lo que respecta a la implantación de un mecanismo de reacción rápida contra el fraude en el ámbito del IVA (DOUE L 201, 26.07.2013, p. 1) y la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido en lo que respecta a la aplicación optativa y temporal del mecanismo de inversión del sujeto pasivo a determinadas entregas de bienes y prestaciones de servicios susceptibles de fraude (DOUE L 201, 26.07.2013, p. 49).

X. POLÍTICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En relación con la Política Económica y Monetaria y la Libre circulación de capitales, se puede señalar una recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, de 20 de diciembre de 2012, sobre fondos del mercado monetario (JERS/2012/1) (DOUE C 146, 25.05.2013, p. 1) y la modificación de la Decisión 98/481/CE por la que se designa los auditores externos del Banco Central Europeo (DOUE L 175, 27.06.2013, p. 54).

También el Acuerdo, de 21 de junio de 2013, entre el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda no es el euro por el que se modifica el Acuerdo de 16 de marzo de 2006 entre el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados

miembros que no forman parte de la zona del euro por el que se establecen los procedimientos de funcionamiento del mecanismo de tipos de cambio de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria (DOUE C 187, 29.06.2013, p. 1)

Se adoptan, además varias decisiones, una por la que se adoptan las medidas necesarias para la contribución al valor acumulado de los recursos propios del Banco Central Europeo y para el ajuste de los activos de los bancos centrales nacionales equivalentes a las reservas exteriores transferidas (BCE/2013/15) (DOUE L 187, 6.07.2013, p. 9), otra sobre la participación de los bancos centrales nacionales en la clave para la suscripción del capital del Banco Central Europeo (BCE/2013/17) (DOUE L 187, 6.07.2013, p. 15), una tercera por la que se establecen las condiciones de las transferencias de las participaciones del capital del Banco Central Europeo entre los bancos centrales nacionales y del ajuste del desembolso del capital (BCE/2013/18) (DOUE L 187, 6.07.2013, p. 17), la cuarta sobre el desembolso del capital del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro (BCE/2013/19) (DOUE L 187, 6.07.2013, p. 23) y la última sobre el desembolso del capital del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales no pertenecientes a la zona del euro (BCE/2013/20) (DOUE L 187, 6.07.2013, p. 25)

Respecto a las medidas económicas en relación con los Estados miembros, se adoptan decisiones sobre medidas temporales relativas a la admisibilidad de los instrumentos de renta fija negociables emitidos o plenamente garantizados por la República de Chipre (BCE/2013/13) (DOUE L 133, 17.05.2013, p. 26; DOUE L 195, 18.07.2013, p. 27), relativa a medidas específicas destinadas a restablecer la estabilidad financiera y un crecimiento sostenible dirigida a Chipre (DOUE L 141, 28.05.2013, p. 32) y se deroga la Decisión BCE/2013/13 sobre medidas temporales relativas a la admisibilidad de los instrumentos de renta fija negociables emitidos o plenamente garantizados por la República de Chipre (BCE/2013/21) (DOUE L 192, 13.07.2013, p. 75)

En relación con Portugal, se modifica la Decisión de Ejecución 2011/344/UE, relativa a la concesión de ayuda financiera de la Unión a Portugal (DOUE L 175, 27.06.2013, p. 47) y se aprueba la actualización del programa de ajuste macroeconómico de Portugal (DOUE L 192, 13.07.2013, p. 74)

También se adoptan decisiones en relación con Irlanda, y así se modifica la Decisión de Ejecución 2011/77/UE sobre la concesión por la Unión de ayu-

da financiera a Irlanda (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 40; DOUE L 191, 12.07.2013, p. 9), y se aprueba la actualización del programa de ajuste macroeconómico de Irlanda (DOUE L 191, 12.07.2013, p. 10)

Se adopta un reglamento sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades (DOUE L 140, 27.05.2013, p. 1) y otro sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro (DOUE L 140, 27.05.2013, p. 11), así como una recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, sobre objetivos intermedios e instrumentos de política macroprudencial (JERS/2013/1) (DOUE C 170, 15.06.2013, p. 1)

En esta materia se adoptan también decisiones que derogan las anteriores sobre la existencia de un déficit excesivo en Italia (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 41), en Hungría (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 43), en Lituania (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 46), en Letonia (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 48), en Rumanía (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 50).

También se adopta una decisión sobre la existencia de un déficit excesivo en Malta (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 52) y una recomendación del Consejo, encaminada a poner fin a la situación de déficit público excesivo de España (DOUE C 180, 26.06.2013, p. 4), así como una decisión del Consejo, por la que se establece que Bélgica no ha tomado medidas eficaces para seguir la Recomendación de 2 de diciembre de 2009 (DOUE L 190, 11.07.2013, p. 84) y se formula una advertencia a Bélgica para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo (DOUE L 190, 11.07.2013, p. 87).

Por otra parte, se adoptan numerosas recomendaciones relativas a los Programas Naciones de Reformas de 2013 y se emite un dictamen del Consejo sobre los Programas de Estabilidad para 2012-2017, de Austria, (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 1), de Bélgica para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 5), de Bulgaria para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 10), de la República Checa para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 14), de Dinamarca para 2013-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 18), de Estonia para 2012-2017 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 21), de Finlandia para 2012-2017 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 24), de Francia para 2012-2017 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 27), de Alemania para 2012-2017 (DOUE C 217, 30.07.2013,

p. 33), de Hungría para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 37), de Italia para 2012-2017 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 42), de Letonia para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 47), de Lituania para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 51), de Luxemburgo para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 55), de Malta para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 59), de Polonia para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 63), de Rumanía para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 67), de Eslovaquia para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 71), de Eslovenia para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 75), de España para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 81), de Suecia para 2012-2016 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 86), de los Países Bajos para 2012-2017 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 89), del Reino Unido para 2012-2013 a 2017-2018 (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 93). Y una recomendación del Consejo, relativa a la aplicación de las orientaciones generales de política económica por los Estados miembros cuya moneda es el euro (DOUE C 217, 30.07.2013, p. 97).

En relación con el euro, se debe señalar una orientación del Banco Central Europeo, por la que se modifica la Orientación BCE/2006/4 sobre la prestación por el Eurosistema de servicios de gestión de reservas en euros a bancos centrales y países no pertenecientes a la zona del euro y a organizaciones internacionales (BCE/2013/14) (DOUE L 138, 24.05.2013, p. 19), la modificación de Decisión BCE/2010/29 sobre la emisión de billetes de banco denominados en euros (BCE/2013/16) (DOUE L 187, 6.07.2013, p. 13), y del Reglamento (CE) n° 974/98 en lo que se refiere a la introducción del euro en Letonia (DOUE L 195, 18.07.2013, p. 2) y una decisión del Consejo, sobre la adopción del euro por Letonia el 1 de enero de 2014 (DOUE L 195, 18.07.2013, p. 24)

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

En materia de Relaciones Exteriores se modifica el Reglamento (CE) n° 1528/2007 del Consejo a efectos de la supresión de varios países de la lista de regiones o Estados que han finalizado negociaciones (DOUE L 165, 18.06.2013, p. 59)

Respecto al Espacio Económico Europeo (EEE), se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto del EEE respecto a una modificación del anexo XIII del Acuerdo EEE (DOUE L 205, 1.08.2013, p. 8), del anexo XXI del Acuerdo EEE (DOUE L 177, 28.06.2013,

p. 27), a una modificación del Protocolo 30 del Acuerdo EEE, relativo a las disposiciones específicas sobre la organización de la cooperación en materia de estadísticas (DOUE L 177, 28.06.2013, p. 25) y a una modificación del Protocolo 31 del Acuerdo EEE sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (DOUE L 177, 28.06.2013, p. 29)

También en relación con el Espacio Económico Europeo (EEE), se modifica el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) (DOUE L 144, 30.05.2013, p. 1; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 3; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 4; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 5; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 1; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 4; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 5; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 7), el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) y el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) (DOUE L 144, 30.05.2013, p. 6; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 8), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) (DOUE L 144, 30.05.2013, p. 11; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 12; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 13; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 8; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 10; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 11; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 23); el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y el anexo IV (Energía) (DOUE L 144, 30.05.2013, p. 14; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 15), el anexo IV (Energía) (DOUE L 144, 30.05.2013, p. 17), el anexo IV (Energía) y el anexo XXI (Estadísticas) (DOUE L 144, 30.05.2013, p. 18), el anexo VI (Seguridad social) (DOUE L 144, 30.05.2013, p. 19; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 20; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 12), el anexo IX (Servicios financieros) (DOUE L 144, 30.05.2013, p. 21; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 22), el anexo IX (Servicios financieros) y el Protocolo 37 (que contiene la lista prevista en el artículo 101) (DOUE L 144, 30.05.2013, p. 23), el anexo XI (Comunicación electrónica, servicios audiovisuales y sociedad de la información) (DOUE L 231, 29.08.2013, p. 13; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 14; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 15), el anexo XIII (Transportes) (DOUE L 144, 30.05.2013, p. 24; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 25; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 27; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 28; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 29; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 16; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 22), el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) (DOUE L 231, 29.08.2013, p. 17), el anexo XX (Medio ambiente) (DOUE L 144, 30.05.2013, p. 31; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 32; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 33; DOUE L 144, 30.05.2013, p. 34; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 18; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 19; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 24), el anexo XXI (Estadísticas) (DOUE L 231, 29.08.2013, p. 20), y el anexo XXII (Derecho de sociedades) (DOUE L 144, 30.05.2013, p. 35; DOUE L 231, 29.08.2013, p. 21).

En relación con las negociaciones de adhesión, y dada la adhesión de Croacia, se adaptan determinados Reglamentos y Decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de sociedades, la política de competencia, la agricultura, la seguridad alimentaria, la política veterinaria y fitosanitaria, la política de transportes, la energía, la fiscalidad, las estadísticas, las redes transeuropeas, el poder judicial y los derechos fundamentales, la justicia, la libertad y la seguridad, el medio ambiente, la unión aduanera, las relaciones exteriores, la política exterior, de seguridad y defensa y las instituciones, con motivo de la adhesión de la República de Croacia (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 1), se adapta el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en el ámbito fitosanitario (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 72), se adaptan determinados reglamentos y decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, el derecho de sociedades, la política de competencia, la agricultura, la seguridad alimentaria, la política veterinaria y fitosanitaria, la pesca, la política de transportes, la energía, la fiscalidad, las estadísticas, la política social y de empleo, el medio ambiente, la unión aduanera, las relaciones exteriores y la política exterior y de seguridad y defensa (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 74), se modifica el Reglamento (CE) n° 341/2007 en lo que respecta al régimen de certificados de importación de ajos (DOUE L 159, 11.06.2013, p. 5), se adaptan determinadas directivas en el ámbito de la libre circulación de mercancías (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 172), determinadas directivas en el ámbito de la contratación pública (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 184) determinadas directivas en el ámbito del medio ambiente (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 193), la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 230),

Con motivo de la adhesión de la República de Croacia, también se adaptan determinadas directivas en el ámbito de la seguridad alimentaria y de las políticas veterinaria y fitosanitaria, (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 234), la Directiva 67/548/CEE del Consejo y la Directiva 1999/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en el ámbito del medio ambiente (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 240), determinadas directivas en el ámbito de la política de transportes (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 356), determinadas directivas en el ámbito de los servicios financieros (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 362), determinadas directivas en el ámbito del Derecho de sociedades (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 365), determinadas directivas en el ámbito del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 368) y determinadas directivas en el ámbito de las políticas veterinaria, fitosa-

nitaria y de seguridad alimentaria (DOUE L 158, 10.06.2013, p. 376). También se adopta un reglamento por el que se establecen medidas transitorias para determinados certificados de importación, de exportación y de fijación anticipada para el comercio de productos agrícolas entre la Unión en su composición a 30 de junio de 2013 y Croacia (DOUE L 161, 13.06.2013, p. 1) y otro por el que se eximen de la obligación de presentar declaraciones sumarias de entrada y de salida las mercancías de la Unión que crucen el corredor de Neum (DOUE L 139, 25.05.2013, p. 1). Dos reglamentos más, uno que adapta el Reglamento de Ejecución (UE) n° 788/2012 por lo que respecta al número de muestras que debe tomar y analizar Croacia de las combinaciones de plaguicidas y productos (DOUE L 139, 25.05.2013, p. 5) y otro que modifica el Reglamento (CE) n° 718/2007 relativo a la aplicación del Reglamento (CE) n° 1085/2006 del Consejo por el que se establece un Instrumento de Ayuda Preadhesión (IAP) (DOUE L 139, 25.05.2013, p. 11).

En cuanto a la Política de Vecindad, cabe destacar una recomendación del Comité Mixto UE-Autoridad Palestina, de 14 de abril de 2013, relativa a la aplicación del Plan de Acción Unión Europea-Autoridad Palestina en el marco de la política europea de vecindad (DOUE L 125, 7.05.2013, p. 34) y una decisión por la que se concede ayuda macrofinanciera a Georgia (DOUE L 218, 14.08.2013, p. 15)

En Cooperación al Desarrollo también hay novedades en este cuatrimestre, así la decisión sobre la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el seno del Consejo de Ministros ACP-CE con respecto al marco financiero plurianual para el período 2014-2020 del Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra (DOUE L 150, 4.06.2013, p. 23), así como el acuerdo interno entre los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea, reunidos en el seno del Consejo, relativo a la financiación de la ayuda de la Unión Europea concedida con cargo al Marco Financiero Plurianual para el período 2014-2020 de conformidad con el Acuerdo de Asociación ACP-CE y a la asignación de ayuda financiera a los países y territorios de ultramar a los que se aplica la parte cuarta del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE L 210, 6.08.2013, p. 1) y la decisión del Consejo de Ministros ACP-UE, de 7 de junio de 2013, por la que se adopta un protocolo sobre el Marco Financiero Plurianual para el período 2014-2020 conforme a lo estipulado en el Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 67)

También la decisión relativa a la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el seno del Consejo de Ministros ACP-CE sobre el estatuto de la República Federal de Somalia en relación con el Acuerdo de asociación entre los Estados de África, el Caribe y el Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra (DOUE L 150, 4.06.2013, p. 26) y la del Comité de Embajadores ACP-UE, de 29 de mayo de 2013, por la que se nombra a los miembros del consejo de administración del Centro técnico para la cooperación agrícola y rural (CTA) (DOUE L 163, 15.06.2013, p. 30), así como la decisión del Consejo de Ministros ACP-UE, de 7 de junio de 2013, sobre la solicitud presentada por la República Federal de Somalia dirigida a obtener el estatuto de observador en el Acuerdo de asociación entre los Estados de África, el Caribe y el Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, y la subsiguiente adhesión a dicho Acuerdo (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 70.)

Igualmente se decide la posición que se ha de tomar en nombre de la Unión Europea respecto a los reglamentos internos del Comité del AAE, del Comité de Cooperación Aduanera y del Comité de Desarrollo Conjunto previstos en el Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra (DOUE L 177, 28.06.2013, p. 1)

XII. ENERGÍA

En la Política de Energía, cabe destacar la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) y la Organización para el Desarrollo Energético de la Península Coreana (KEDO) (DOUE L 188, 9.07.2013, p. 1 y 2), así como la decisión relativa a la celebración del Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Gobierno de la República de Sudáfrica en el ámbito de los usos pacíficos de la energía nuclear (DOUE L 204, 31.07.2013, p. 2; DOUE L 204, 31.07.2013, p. 3).

Se adapta la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la eficiencia energética, con motivo de la adhesión de la República de Croacia (DOUE L 141, 28.05.2013, p. 28) y también se establece una plantilla para los Planes nacionales de acción para la eficiencia energética en virtud de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 141, 28.05.2013, p. 48)

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

El Mercado Interior sigue generando abundante normativa para su regulación, destacando la firma por parte de la UE de Tratados internacionales, como el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (DOUE L 160, 12.06.2013, p. 1). En la normativa internacional que también lo regula cabe destacar la decisión del Comité creado de conformidad con el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el reconocimiento mutuo en materia de evaluación de la conformidad, de 17 de diciembre de 2012, a propósito de la inclusión en el anexo 1 de un nuevo capítulo 20 sobre explosivos para uso civil, la modificación del capítulo 3 sobre los juguetes y la actualización de las referencias jurídicas del anexo 1 (DOUE L 136, 23.05.2013, p. 17) y el reglamento por el que se corrigen las versiones española y sueca del Reglamento (UE) n° 475/2012, que modifica el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 1 y a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 19 (DOUE L 121, 3.05.2013, p. 44).

En este ámbito también hay que señalar la adopción de cuatro reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE) —, el n° 53 Disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos de la categoría L3 en lo que respecta a la instalación de dispositivos de alumbrado y señalización luminosa (DOUE L 166, 18.06.2013, p. 55), el n° 74 Disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos de la categoría L1 por lo que respecta a la instalación de dispositivos de alumbrado y señalización luminosa (DOUE L 166, 18.06.2013, p. 88), el n° Disposiciones uniformes relativas a las medidas que deben adoptarse contra las emisiones de gases y partículas contaminantes procedentes de motores de encendido por compresión y motores de encendido por chispa destinados a la propulsión de vehículos (DOUE L 171, 24.06.2013, p. 1) y el n° 80 Prescripciones uniformes relativas a la homologación de asientos de vehículos de grandes dimensiones para el transporte de viajeros y de estos vehículos por lo que respecta a la resistencia de los asientos y de sus anclajes (DOUE L 226, 24.08.2013, p. 20)

En cuanto a normativa de ámbito más general, se modifica el Reglamento (CE) n° 866/2004 sobre un régimen conforme al artículo 2 del Protocolo n° 10 del Acta de Adhesión, en lo que respecta a las mercancías que son sacadas de las zonas que están bajo el control efectivo del Gobierno de la República de Chipre y son devueltas a estas después de atravesar las zonas que no están ba-

jo el control efectivo del Gobierno de la República de Chipre (DOUE L 196, 19.07.2013, p. 1)

La protección de la salud humana y animal suele siempre originar o modificar normativa existente, y en este cuatrimestre, y en relación con los biocidas, se puede señalarla adopción de un reglamento por el que se especifica un procedimiento para la autorización de unos mismos biocidas con arreglo al Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 125, 7.05.2013, p. 4) y de otro relativo a las tasas que deben abonarse a la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas con arreglo al Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización y el uso de los biocidas (DOUE L 167, 19.06.2013, p. 179). También se modifican el Reglamento (CE) n° 1451/2007 en lo que respecta a las sustancias activas adicionales de biocidas que se examinen en el marco del programa de revisión (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 34) y el Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo respecto a la duración del programa de trabajo para el examen de sustancias activas existentes en biocidas (DOUE L 204, 31.07.2013, p. 25)

En la materia se adoptan una serie de directivas para modificar la Directiva 98/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, para incluir el clorfenapir como sustancia activa su anexo I (DOUE L 135, 22.05.2013, p. 10), la 1R-trans-fenotrtrina como sustancia activa en su anexo I (DOUE L 196, 19.07.2013, p. 18) y la mazorca de maíz en polvo como sustancia activa en sus anexos I y IA (DOUE L 204, 31.07.2013, p. 49)

También se modifica la Decisión de Ejecución 2012/715/UE, por la que se establecen una lista de terceros países con un marco regulador aplicable a las sustancias activas de los medicamentos para uso humano y las medidas respectivas de control y ejecución que garanticen un nivel de protección de la salud pública equivalente al de la Unión (DOUE L 152, 5.06.2013, p. 52) y se adopta una decisión relativa a la financiación del programa de trabajo de 2013 en materia de formación sobre la seguridad de la alimentación humana y animal, la zoonosidad, el bienestar de los animales y la fitosanidad en el marco del programa «Mejora de la formación para aumentar la seguridad alimentaria» (DOUE C 170, 15.06.2013, p. 38)

La protección de la salud alimentaria y la seguridad también suele originar o modificar variada normativa, así se modifican, el Reglamento (UE) n° 432/2012, por el que se establece una lista de declaraciones autorizadas de propiedades saludables de los alimentos distintas de las relativas a la reducción

del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 160, 12.06.2013, p. 4) y la Directiva 2006/141/CE con respecto a los requisitos sobre proteínas de los preparados para lactantes y preparados de continuación (DOUE L 230, 29.08.2013, p. 16). También se adopta un reglamento relativo a los alimentos destinados a los lactantes y niños de corta edad, los alimentos para usos médicos especiales y los sustitutivos de la dieta completa para el control de peso y por el que se derogan la Directiva 92/52/CEE del Consejo, las Directivas 96/8/CE, 1999/21/CE, 2006/125/CE y 2006/141/CE de la Comisión, la Directiva 2009/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) n° 41/2009 y (CE) n° 953/2009 de la Comisión (DOUE L 181, 29.06.2013, p. 35)

El Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo se modifica reiteradamente, así en lo que respecta a la utilización de determinados aditivos alimentarios, y así se modifica y corrige el anexo II (DOUE L 129, 14.05.2013, p. 28), se establecen especificaciones para los aditivos alimentarios que figuran en los anexos II y III (DOUE L 143, 30.05.2013, p. 20), se modifica el anexo II en lo relativo a la utilización de diversos aditivos en determinadas bebidas alcohólicas (DOUE L 150, 4.06.2013, p. 13) el anexo II en lo relativo a la utilización de extractos de romero (E 392) en determinados productos de carne y de pescado con bajo contenido en grasa (DOUE L 202, 27.07.2013, p. 8), el anexo II en lo relativo a la utilización de determinados aditivos en los sucedáneos de huevas de pescado a base de algas (DOUE L 204, 31.07.2013, p. 32), el anexo II del Reglamento en lo relativo a la utilización de fitosteroles ricos en estigmasterol como estabilizadores de cócteles con alcohol listos para congelar, y el anexo del Reglamento (UE) n° 231/2012 de la Comisión en lo que respecta a las especificaciones de los fitosteroles ricos en estigmasterol como aditivo alimentario (DOUE L 204, 31.07.2013, p. 35), el anexo II en lo relativo a la utilización del copolímero de metacrilato neutro y del copolímero de metacrilato aniónico en complementos alimenticios sólidos, y el anexo del Reglamento (UE) n° 231/2012 de la Comisión en lo relativo a las especificaciones del copolímero de metacrilato básico (E 1205), del copolímero de metacrilato neutro y del copolímero de metacrilato aniónico (DOUE L 230, 29.08.2013, p. 1), los anexos II y III y el anexo del Reglamento (UE) n° 231/2012 de la Comisión por lo que se refiere a la goma arábiga modificada con ácido octenilsuccínico (DOUE L 230, 29.08.2013, p. 7), el anexo III en lo relativo a la utilización de sucroésteres de ácidos grasos (E 473) en aromas para bebidas aromatizadas claras a base de agua (DOUE L 230, 29.08.2013, p. 12), y los anexos I, II y III en lo relativo a la utilización de óxidos e hidróxidos de hierro (E 172), hidroxipropil-metil-celulosa (E 464) y polisorbatos (E 432-436) para marcar determinadas frutas (DOUE L 150, 4.06.2013, p. 17).

Finalmente en este sector, se modifican, el Reglamento (UE) n° 231/2012 en lo que respecta a las especificaciones sobre varios polialcoholes (DOUE L 202, 27.07.2013, p. 11) y el anexo I del Reglamento (CE) n° 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la sustancia aromatizante 3-acetil-2,5-dimetiltiofeno (DOUE L 163, 15.06.2013, p. 15).

En cuanto al etiquetado y la presentación de los productos, se modifica, a efectos de su adaptación al progreso científico y técnico, el Reglamento (CE) n° 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (DOUE L 149, 1.06.2013, p. 1), se complementa la Directiva 2010/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al etiquetado energético de los lavavajillas domésticos (Publicación de títulos y referencias de normas armonizadas conforme a la legislación sobre armonización de la Unión) (DOUE C 169, 14.06.2013, p. 1), se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 110/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la definición, designación, presentación, etiquetado y protección de la indicación geográfica de bebidas espirituosas (DOUE L 201, 26.07.2013, p. 21), se modifica el Reglamento (CE) n° 608/2004, relativo al etiquetado de alimentos e ingredientes alimentarios con fitosteroles, ésteres de fitosterol, fitostanoles o ésteres de fitostanol añadidos (DOUE L 201, 26.07.2013, p. 49) y se corrige el anexo VI del Reglamento (CE) n° 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (DOUE L 215, 10.08.2013, p. 1).

La seguridad de los productos, como es habitual, también es objeto de regulación, y así se adopta una directiva sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de comercialización de artículos piro-técnicos (versión refundida) (DOUE L 178, 28.06.2013, p. 27), se modifica la parte III del anexo II de la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la seguridad de los juguetes (DOUE L 195, 18.07.2013, p. 16) y se adopta una decisión relativa al cumplimiento de los requisitos generales de seguridad de la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por parte de la serie de normas europeas EN 15649 (partes 1 a 7) para artículos de ocio flotantes para usar en o sobre el agua y a la publicación de las referencias de estas normas en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE L 196, 19.07.2013, p. 22)

La regulación del mercado interior afecta a una gran cantidad de materias, algunas de las cuales son también objeto de normativa en este cuatrimestre. Así se establecen los criterios comunes a los que deben responder las reivindicaciones

ciones relativas a los productos cosméticos (DOUE L 190, 11.07.2013, p. 31), se modifican los anexos II y III del Reglamento (CE) n° 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los productos cosméticos (DOUE L 190, 11.07.2013, p. 38) y se vuelve a modificar el anexo III del Reglamento (CE) n° 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los productos cosméticos (DOUE L 139, 25.05.2013, p. 8).

También se modifica el Reglamento (CE) n° 2003/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los abonos, para adaptar al progreso técnico sus anexos I, II y IV (DOUE L 134, 18.05.2013, p. 1)

En relación con las agencias crediticias, se modifica el Reglamento (CE) n° 1060/2009 sobre las agencias de calificación crediticia (DOUE L 146, 31.05.2013, p. 1) y se adopta un reglamento sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 (DOUE L 176, 27.06.2013, p. 1).

Se adopta igualmente normativa sobre la presentación y publicación de datos de los mercados de la electricidad y por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 163, 15.06.2013, p. 1) y una decisión sobre el establecimiento de las listas anuales de prioridades para el desarrollo de códigos de red y de directrices en 2014, referida al mercado interior de la electricidad y el gas (DOUE L 224, 22.08.2013, p. 14)

Un reglamento es adoptado relativo a la Agencia de Seguridad de las Redes de la Información de la Unión Europea (ENISA) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 460/2004 (DOUE L 165, 18.06.2013, p. 41), y otro relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 2), así como se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público (DOUE L 175, 27.06.2013, p. 1) y se adopta una decisión que establece las normas sobre el establecimiento, la gestión y el funcionamiento transparente de la red de autoridades u organismos nacionales responsables de la evaluación de las tecnologías sanitarias (DOUE L 175, 27.06.2013, p. 71)

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En relación con las redes transeuropeas, se modifica el anexo de la Decisión de Ejecución 2012/117/UE, por la que se establece una lista de etapas de decisión determinantes para la evaluación de la ejecución del programa Galileo por lo que respecta a los centros y estaciones terrestres que deben crearse en el marco de las fases de desarrollo y despliegue del programa (DOUE L 156, 8.06.2013, p. 15).

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

En lo que se refiere a los ámbitos más generales de la Política Medioambiental, se establece el Registro de la Unión de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Decisiones n° 280/2004/CE y n° 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan los Reglamentos (UE) n° 920/2010 y n° 1193/2011 de la Comisión (DOUE L 122, 3.05.2013, p. 1).

Se puede señalar también la recomendación de la Comisión, de 9 de abril de 2013, sobre el uso de métodos comunes para medir y comunicar el comportamiento ambiental de los productos y las organizaciones a lo largo de su ciclo de vida (DOUE L 124, 4.05.2013, p. 1), así como la modificación del anexo II de la Directiva 2000/53/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los vehículos al final de su vida útil (DOUE L 135, 22.05.2013, p. 14).

En lo que se refiere a residuos, se adopta un reglamento por el que se establecen criterios para determinar cuándo la chatarra de cobre deja de ser residuo con arreglo a la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 201, 26.07.2013, p. 14).

En cuanto a las emisiones de gases y calidad del aire ambiente, se modifica el Reglamento (UE) n° 1014/2010 en relación con ciertos requisitos sobre el seguimiento de las emisiones de CO₂ de los turismos nuevos (DOUE L 120, 1.05.2013, p. 1) y el Reglamento (CE) n° 443/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con el seguimiento de las emisiones de CO₂ de los turismos nuevos (DOUE L 120, 1.05.2013, p. 4).

También se adopta una decisión sobre el reconocimiento de la «herramienta

de cálculo Biograce de las emisiones de gases de efecto invernadero» para demostrar el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad de conformidad con las Directivas 98/70/CE y 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 147, 1.06.2013, p. 46) y un reglamento relativo a un mecanismo para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero y para la notificación, a nivel nacional o de la Unión, de otra información relevante para el cambio climático, y por el que se deroga la Decisión n° 280/2004/CE (DOUE L 165, 18.06.2013, p. 13), así como una decisión sobre normas contables aplicables a las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes de actividades relativas al uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura y sobre la información relativa a las acciones relacionadas con dichas actividades (DOUE L 165, 18.06.2013, p. 80)

En el ámbito del diseño y etiquetado de productos, se modifica el Reglamento (UE) n° 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la etiqueta ecológica (DOUE L 219, 15.08.2013, p. 26), se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a la grifería sanitaria (DOUE L 145, 31.05.2013, p. 6) y se modifican las Decisiones 2006/799/CE, 2007/64/CE, 2009/300/CE, 2009/543/CE, 2009/544/CE, 2009/563/CE, 2009/564/CE, 2009/567/CE, 2009/568/CE, 2009/578/CE, 2009/598/CE, 2009/607/CE, 2009/894/CE, 2009/967/CE, 2010/18/CE y 2011/331/UE con objeto de prorrogar la vigencia de los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica de la UE a determinados productos (DOUE L 167, 19.06.2013, p. 57)

En este mismo ámbito se adoptan, un reglamento por el que se desarrolla la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos de diseño ecológico aplicables a los ordenadores y servidores informáticos (DOUE L 175, 27.06.2013, p. 13), una directiva en lo que atañe al etiquetado energético de las aspiradoras (DOUE L 192, 13.07.2013, p. 1), un reglamento por el que se aplica la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos de diseño ecológico para aspiradoras (DOUE L 192, 13.07.2013, p. 24) y se modifica el Reglamento (CE) n° 1275/2008 en lo relativo a los requisitos de diseño ecológico aplicables al consumo de energía eléctrica en los modos preparado y desactivado de los equipos eléctricos y electrónicos domésticos y de oficina, y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 642/2009 con respecto a los requisitos de diseño ecológico aplicables a las televisiones (DOUE L 225, 23.08.2013, p. 1)

Se regulan aspectos de la protección de aguas y se adoptan dos directivas, una sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar

adentro, y que modifica la Directiva 2004/35/CE (DOUE L 178, 28.06.2013, p. 66) y otra por la que se modifican las Directivas 2000/60/CE y 2008/105/CE en cuanto a las sustancias prioritarias en el ámbito de la política de aguas (DOUE L 226, 24.08.2013, p. 1)

En cuanto a la fauna y flora silvestres, se modifica el Reglamento (CE) n° 338/97 del Consejo, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio (DOUE L 212, 7.08.2013, p. 1)

La Política de los Consumidores también experimenta desarrollo normativo, y así se adopta un reglamento sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (DOUE L 165, 18.06.2013, p. 1) y una directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) (DOUE L 165, 18.06.2013, p. 63)

Por lo que respecta a la Política de Salud, se aprueban, en nombre de la Comunidad Europea, determinadas modificaciones del anexo V del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Canadá sobre medidas sanitarias para proteger la salud pública y la sanidad animal en el comercio de animales vivos y de productos de origen animal (DOUE L 201, 26.07.2013, p. 66). También se modifica el Reglamento (UE) n° 142/2011 relativo al tránsito de determinados subproductos animales procedentes de Bosnia y Herzegovina (DOUE L 164, 18.06.2013, p. 11) y se modifica la Decisión de Ejecución 2012/715/UE por la que se establecen una lista de terceros países con un marco regulador aplicable a las sustancias activas de los medicamentos para uso humano y las medidas respectivas de control y ejecución que garanticen un nivel de protección de la salud pública equivalente al de la Unión (DOUE L 169, 21.06.2013, p. 71), así como el Reglamento (UE) n° 142/2011 en cuanto a las entradas relativas al bienestar animal en determinados modelos de certificados sanitarios (DOUE L 201, 26.07.2013, p. 31)

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE, POLÍTICA DE LA JUVENTUD.

La Política de Información de la UE en los últimos años suele regular distintos aspectos sobre la elaboración de estadísticas en distintas materias. Así, se decide por el Comité Estadístico Unión Europea/Suiza, la sustitución del ane-

xo A del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre cooperación en el ámbito de la estadística (DOUE L 198, 23.07.2013, p. 48).

Hay que destacar, además la orientación del Banco Central Europeo, de 22 de marzo de 2013, relativa a las estadísticas sobre carteras de valores (BCE/2013/7) (DOUE L 125, 7.05.2013, p. 17). Se adopta un reglamento de aplicación del Reglamento (CE) n° 223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la estadística europea, en lo que respecta al acceso a datos confidenciales con fines científicos, y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 831/2002 de la Comisión (DOUE L 164, 18.06.2013, p. 16), otro relativo al formato técnico para la transmisión de las estadísticas europeas sobre cultivos permanentes con arreglo al Reglamento (UE) n° 1337/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 170, 22.06.2013, p. 23) y un último reglamento relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (DOUE L 174, 26.06.2013, p. 1).

En Cultura, se designa la Capital Europea de la Cultura 2017 en Dinamarca y Chipre, y la Capital Europea de la Cultura 2018 en Malta (Áarhus y Pafos quedan designadas «Capitales Europeas de la Cultura 2017» en Dinamarca y Chipre respectivamente. La Valeta queda designada «Capital Europea de la Cultura 2018» en Malta) (DOUE L 162, 14.06.2013, p. 9).

Y en lo que se refiere al Deporte, se autoriza la participación de la Comisión Europea, en nombre de la UE, en la negociación de un Convenio internacional del Consejo de Europa para combatir la manipulación de los resultados deportivos, con la excepción de los asuntos relacionados con la cooperación en asuntos penales y la cooperación policial (DOUE L 170, 22.06.2013, p. 62)

XVII CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

En el ámbito de la Propiedad Intelectual e Industrial, se establece la posición de la Unión Europea en el Consejo de los ADPIC de la Organización Mundial del Comercio sobre la solicitud de prórroga del período de transición previsto en el artículo 66, apartado 1, del Acuerdo sobre los ADPIC para los países miembros menos adelantados (DOUE L 162, 14.06.2013, p. 1).

También es esta materia, se modifica el Reglamento (CE) n° 607/2009, por el que se establecen determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento

(CE) n° 479/2008 del Consejo en lo que atañe a las denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas, a los términos tradicionales, al etiquetado y a la presentación de determinados productos vitivinícolas (DOUE L 210, 6.08.2013, p. 21), y se inscribe una denominación en el Registro de Especialidades Tradicionales Garantizadas [Tortas de Aceite de Castilla de la Cuesta (ETG)] (DOUE L 154, 6.06.2013, p. 1), se inscribe una denominación en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [Pasas de Málaga (DOP)] (DOUE L 169, 21.06.2013, p. 22), así como se aprueba una modificación que no es de menor importancia del pliego de condiciones de una denominación inscrita en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas, en relación con diferentes productos, [Arroz del Delta del Ebro/Arròs del Delta de l'Ebre (DOP)] (DOUE L 167, 19.06.2013, p. 15); [Ternasco de Aragón (IGP)] (DOUE L 169, 21.06.2013, p. 37); [Miel de La Alcarria (DOP)] (DOUE L 220, 17.08.2013, p. 12)

Por último, se adopta un reglamento relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1383/2003 del Consejo (DOUE L 181, 29.06.2013, p. 15).

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

Los problemas de piratería en el Océano Índico siguen presentes en la agenda de la UE, y se realiza el nombramiento del Comandante de la Fuerza de la UE para la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) (DOUE L 187, 6.07.2013, p. 8).

La constante colaboración de la Unión Europea con la Organización de Naciones Unidas continúa y se concreta en la aplicación de distintas Resoluciones del Consejo de Seguridad, llevando a la adopción de determinadas me-

didadas restrictivas, tanto contra Estados como respecto de diversas entidades, personas y grupos terroristas. En cuanto a Estados, se adoptan medidas restrictivas contra Myanmar/Birmania (DOUE L 121, 3.05.2013, p. 1), Somalia (DOUE L 129, 14.05.2013, p. 12), Libia (DOUE L 141, 28.05.2013, p. 1), Belarús (DOUE L 143, 30.05.2013, p. 1; DOUE L 143, 30.05.2013, p. 24; DOUE L 172, 25.06.2013, p. 31), Siria (DOUE L 147, 1.06.2013, p. 14; DOUE L 198, 23.07.2013, p. 28), Irán (DOUE L 156, 8.06.2013, p. 3; DOUE L 156, 8.06.2013, p. 10), Guinea-Bissau (DOUE L 194, 17.07.2013, p. 6), República de Guinea (DOUE L 194, 17.07.2013, p. 8) y la República Popular Democrática de Corea (DOUE L 198, 23.07.2013, p. 22).

La aplicación de las Resoluciones de Naciones Unidas, lleva también a establecer medidas restrictivas a otras entidades, grupos terroristas y personas implicadas en actividades contrarias a la protección de las libertades fundamentales y derechos humanos, y así se siguen modificando e imponiendo medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con la red Al-Qaida (DOUE L 129, 14.05.2013, p. 34; DOUE L 172, 25.06.2013, p. 1; DOUE L 189, 10.07.2013, p. 4; DOUE L 195, 18.07.2013, p. 18; DOUE L 203, 30.07.2013, p. 10; DOUE L 210, 6.08.2013, p. 24; DOUE L 233, 31.08.2013, p. 1); contra ciertas personas físicas y jurídicas, entidades u organismos dada la situación en Somalia (DOUE L 129, 14.05.2013, p. 15); contra determinadas personas, grupos, empresas y entidades, habida cuenta de la situación en Afganistán (DOUE L 133, 17.05.2013, p. 1; DOUE L 133, 17.05.2013, p. 22); contra personas que incurren en violación del embargo de armas en relación con la República Democrática del Congo (DOUE L 156, 8.06.2013, p. 1); contra determinadas personas, entidades y organismos que suponen una amenaza para la paz, la seguridad o la estabilidad de la República de Guinea-Bisáu (DOUE L 167, 19.06.2013, p. 1; DOUE L 167, 19.06.2013, p. 39); contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Túnez (DOUE L 204, 31.07.2013, p. 23; DOUE L 204, 31.07.2013, p. 52); medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo (DOUE L 187, 6.07.2013, p. 4; DOUE L 201, 26.07.2013, p. 10). También se actualiza y modifica la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y se deroga la Decisión 2012/765/PESC (DOUE L 201, 26.07.2013, p. 57)

En relación con las Misiones de la UE, se adoptan decisiones sobre la Misión de la Unión Europea de asistencia y gestión integrada de las fronteras en Libia (EUBAM Libia) (DOUE L 138, 24.05.2013, p. 15) y sobre la Misión de

Policía de la Unión Europea para los Territorios Palestinos (EUPOL COPPS) (DOUE L 185, 4.07.2013, p. 12). Se modifica la Decisión 2010/279/PESC sobre la Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL AFGANISTÁN) (DOUE L 141, 28.05.2013, p. 44), la Decisión 2012/392/PESC sobre la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger) (DOUE L 189, 10.07.2013, p. 13), la Decisión 2010/330/PESC sobre la Misión Integrada de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Irak, EUJUST LEX-IRAQ (DOUE L 188, 9.07.2013, p. 9), y la Decisión 2012/389/PESC por la que se crea la Misión de la Unión Europea para desarrollar las capacidades marítimas regionales en el Cuerno de África (EUCAP NESTOR) (DOUE L 189, 10.07.2013, p. 12).

También se modifica y prorroga la Acción Común 2005/889/PESC por la que se establece una Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (EU BAM Rafah) (DOUE L 185, 4.07.2013, p. 16) y se modifica la Acción Común 2008/124/PESC sobre la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO (DOUE L 141, 28.05.2013, p. 47).

Igualmente cabe destacar, la modificación y prórroga del mandato del Representante Especial de la Unión Europea para la Unión Africana (DOUE L 193, 16.07.2013, p. 25), del mandato del Representante Especial de la Unión Europea para Afganistán (DOUE L 193, 16.07.2013, p. 22), del Representante Especial de la Unión Europea para la región del Mediterráneo Meridional (DOUE L 172, 25.06.2013, p. 28), del Representante Especial de la Unión Europea para el proceso de paz en Oriente Medio (DOUE L 185, 4.07.2013, p. 3), del Representante Especial de la Unión Europea para el Cáucaso Meridional y la crisis en Georgia (DOUE L 185, 4.07.2013, p. 9) y del Representante Especial de la Unión Europea para Kosovo (DOUE L 189, 10.07.2013, p. 9)

Además se decide la prórroga del mandato del Jefe de la Misión de Policía de la Unión Europea para los Territorios Palestinos, (EUPOL COPPS) (DOUE L 193, 16.07.2013, p. 18), del mandato del Jefe de la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP SAHEL Níger) (DOUE L 202, 27.07.2013, p. 24), del mandato del Representante Especial de la Unión Europea para Afganistán (DOUE L 198, 23.07.2013, p. 47), del Jefe de la Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL AFGANISTÁN) (DOUE L 160, 12.06.2013, p. 14), del Representante Especial de la Unión Europea para Asia Central (DOUE L 172, 25.06.2013, p. 25), de la Representante Especial de la Unión Europea para Sudán y Sudán del Sur (DOUE L

193, 16.07.2013, p. 29), y del Representante Especial de la Unión Europea para el Cuerno de África (DOUE L 189, 10.07.2013, p. 8)

Se procede a efectuar los nombramientos del Jefe del Elemento de Mando UE de Nápoles para la operación militar de la Unión Europea en Bosnia y Herzegovina (DOUE L 127, 9.05.2013, p. 26), el nombramiento de un Comandante de Misión de la UE para la misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Mali (EUTM Mali) (DOUE L 202, 27.07.2013, p. 22), del Jefe de la Misión de la Unión Europea de asistencia y gestión integrada de las fronteras en Libia (EUBAM Libia) (DOUE L 147, 1.06.2013, p. 13), del Representante Especial de la Unión Europea en Bosnia y Herzegovina (DOUE L 185, 4.07.2013, p. 7), del Representante Especial de la Unión Europea para los Derechos Humanos (DOUE L 185, 4.07.2013, p. 8) del Jefe de la Misión de la Unión Europea de desarrollo de las capacidades marítimas regionales en el Cuerno de África (EUCAP NESTOR) (DOUE L 202, 27.07.2013, p. 23) y del Jefe de la Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (EU BAM Rafah) (DOUE L 193, 16.07.2013, p. 19)

Finalmente y en relación con el control y reducción de armamentos, se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Unión Europea, el Tratado sobre el Comercio de Armas (DOUE L 155, 7.06.2013, p. 9). Se adopta una decisión en apoyo de las actividades de seguridad física y gestión de arsenales a fin de reducir el riesgo de comercio ilícito de armas pequeñas y armas ligeras (APAL) y de sus municiones en Libia y su región (DOUE L 173, 26.06.2013, p. 54) y otra de apoyo a la aplicación práctica de la Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre la no proliferación de las armas de destrucción masiva y sus sistemas vectores (DOUE L 198, 23.07.2013, p. 40)

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Con frecuencia, el desarrollo de la normativa de la Unión Europea en materia del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia suele requerir la celebración de Tratados internacionales para conseguir sus objetivos. Así se procede a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Moldova por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldova sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 168, 20.06.2013, p. 1 y 3), del Acuerdo entre la Unión Europea y Ucrania por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre la

facilitación de la expedición de visados (DOUE L 168, 20.06.2013, p. 10 y 11) y del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (DOUE L 195, 18.07.2013, p. 1)

En la regulación de los visados se decide la fecha de entrada en funcionamiento del Sistema de Información de Visados (VIS) en una sexta y una séptima región (DOUE L 154, 6.06.2013, p. 8) y también se establece la fecha a partir de la cual surtirá efecto la Decisión 2008/633/JAI sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados (VIS) por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo y otros delitos graves (DOUE L 198, 23.07.2013, p. 45), así como la fecha en que el Sistema de Información de Visados (VIS) será puesto en marcha en la octava región (que comprende a, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.) (DOUE L 223, 21.08.2013, p. 15)

En relación con el convenio de Schengen, se modifica el Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, los Reglamentos del Consejo (CE) n° 1683/95 y (CE) n° 539/2001 y los Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo (CE) n° 767/2008 y (CE) n° 810/2009 (DOUE L 182, 29.06.2013, p. 1).

En lo que respecta a la regulación del asilo y los flujos migratorios, se adopta un reglamento relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (DOUE L 180, 29.06.2013, p. 1)

Se adoptan también, un reglamento por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados

miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (DOUE L 180, 29.06.2013, p. 31) y dos directivas, una sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DOUE L 180, 29.06.2013, p. 60) y otra por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE L 180, 29.06.2013, p. 96)

Por último, en los ámbitos referidos a la justicia, se autoriza a determinados Estados miembros a ratificar el Protocolo por el que se modifica la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 21 de mayo de 1963, o a adherirse a él, en interés de la Unión Europea, y a realizar una declaración relativa a la aplicación de las correspondientes normas internas del Derecho de la Unión (DOUE L 220, 17.08.2013, p. 1).

Se adoptan dos reglamentos, uno por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 167, 19.06.2013, p. 29) y otro relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (DOUE L 181, 29.06.2013, p. 4) y una directiva relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo (DOUE L 218, 14.08.2013, p. 89), así como una recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (DOUE L 201, 26.07.2013, p. 60)

Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía¹

Decreto-ley 7/2013, de 30 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión social en Andalucía (BOJA núm. 85, de 3 de mayo).

Mediante este Decreto-Ley se dota una partida de 120 millones de euros para paliar el impacto de la crisis económica en los colectivos más vulnerables de la Comunidad autónoma. La medida se adopta a mitad de curso presupuestario a tenor de las alarmantes cifras conocidas en ese momento: el aumento de los hogares con todos sus miembros en paro y sin ingresos (más de 100.000 a finales de 2012); el empeoramiento de los indicadores de bienestar en menores (72.020 viven en hogares con privación material severa) y personas mayores (33.868 en situación de exclusión social), y los drásticos recortes en el sistema de atención a la dependencia, que han supuesto una reducción del 68% de la financiación estatal entre 2011 y 2013. En este contexto, el objetivo fundamental del Decreto Ley es fomentar la contratación entre los colectivos más castigados por la crisis; atender las necesidades básicas de alimentación de los menores, sus familias y las personas mayores en riesgo de exclusión, y mantener el servicio de ayuda a domicilio en el marco de la Ley de dependencia.

Estos objetivos se concretan en tres grandes medidas que adopta esta norma extraordinaria: el Plan Extraordinario de Acción Social de Andalucía, con una dotación de 60 millones de euros; el Plan de Solidaridad y Garantía Alimentaria 2013, con 16 millones, y las modificaciones normativas para agilizar procedimientos relativos al Ingreso Mínimo de Solidaridad y al Programa de Solidaridad para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía, que suponen unas inversiones adicionales de 44 millones de euros.

El Plan Extraordinario de Acción Social de Andalucía, coordinado por la Consejería de Salud y Bienestar Social y gestionado por las Entidades Locales, se compone de dos programas: el de Ayudas a la Contratación y el de financiación complementaria para consolidar los Servicios de Ayuda a Domi-

¹ Se comentan en esta sección, elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE, las disposiciones más relevantes aprobadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en el segundo cuatrimestre de 2013 (mayo-agosto).

cilio. El primero de esos programas, dotado con 40 millones de euros, recoge ayudas extraordinarias a las Corporaciones locales para la contratación laboral de personas desempleadas y en riesgo de exclusión social, por un periodo de entre 15 días y tres meses, para el desarrollo de actividades de especial interés para la comunidad. En la adjudicación de los contratos se da prioridad a las unidades familiares con todos sus miembros en paro, a las familias numerosas de las que formen parte menores de edad, a las personas residentes en territorios reconocidos como Zonas con Necesidades de Transformación Social, a las personas con discapacidad o en situación de dependencia, y las familias monoparentales y víctimas de violencia de género con hijos a cargo. Estas ayudas a la contratación se distribuirán entre los ayuntamientos de manera directamente proporcional al número de personas en paro de cada municipio registradas a 31 de diciembre de 2012. De acuerdo con las previsiones del Decreto-ley, el programa permitirá emplear a más de 47.000 personas.

En cuanto a la financiación complementaria para los Servicios de Ayuda a Domicilio, el Decreto-ley consigna 20 millones de euros destinadas fundamentalmente a mantener la dimensión horaria de la oferta, la cobertura a las necesidades de la población y el empleo en el sector. En este caso, la previsión es de entre 12.000 y 15.000 beneficiarios con un promedio de 20 horas de servicio, lo que se estima que suponga la creación de 2.000 puestos de trabajo.

El segundo de los programas de acción referidos es el Plan Extraordinario de Solidaridad y Garantía Alimentaria de Andalucía, dotado con 16 millones de euros que se suman a los 4 millones ya recogidos en el los Presupuesto de 2013. Este plan consta de dos vertientes. La primera de ellas, a cargo de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales, cuenta con un presupuesto de cuatro millones de euros y se dirige a apoyar a las entidades de voluntariado relacionadas con la recogida, acopio y distribución de alimentos, así como a las entidades locales para financiar servicios de almacenamiento y distribución de alimentos con fines solidarios. Asimismo, se pondrán en marcha mecanismos para el aprovechamiento con fines solidarios de los excedentes de productos perecederos, mediante acuerdos con productores hortofrutícolas y empresas de distribución.

La segunda iniciativa del Decreto-ley, el Plan de Solidaridad y Garantía Alimentaria 2013 que gestionará la Consejería de Salud y Bienestar Social con un presupuesto de 12 millones de euros, se articula a través de cuatro acciones específicas: la constitución de la Red Solidaria Alimentaria; el reforzamiento de las bonificaciones de los precios públicos de los servicios de aula matinal y co-

medor escolar; la ampliación del Programa Bonificado del Servicio de Comedor de los Centros de Participación Activa de Personas Mayores y la ampliación del Programa de Ayudas Económicas a las Familias. También se refuerzan las bonificaciones de los precios públicos de los servicios complementarios de aula matinal y comedor escolar de los centros docentes públicos. Con ello se prevé que de los 72.000 menores que actualmente tienen bonificado el 100% del almuerzo, 46.800 puedan beneficiarse también de manera gratuita del desayuno y la merienda. Asimismo se amplía el Programa Bonificado del Servicio de Comedor de los Centros de Participación Activa, con el propósito que unas 13.000 personas puedan acceder a estas ayudas durante el presente año (7.500 más que el año pasado).

La ampliación de las Ayudas Económicas a las Familias pretende beneficiar a 17.000 hogares y 33.000 menores. Las ayudas, con un presupuesto de 4 millones de euros, son prestaciones temporales, dinerarias o en especie, de carácter preventivo, que se conceden a familias para la atención de las necesidades básicas de menores a su cargo cuando carecen de recursos económicos suficientes para ello. Su objetivo es prevenir, reducir o suprimir los factores que generan situaciones de dificultad social.

Finalmente, el Decreto-ley contempla diversas modificaciones normativas para agilizar los trámites relativos al Ingreso Mínimo de Solidaridad, unas peticiones que se han duplicado en los últimos años. En 2012 fueron 54.893 las solicitudes para este programa, al que se destinaron 69,3 millones de euros, cifra que aumenta ligeramente en los presupuestos de 2013. De acuerdo con el Decreto Ley, esta cantidad se verá reforzada con una dotación extraordinaria de casi 44 millones de euros.

Decreto-ley 8/2013, de 28 de mayo, de Medidas de Creación de Empleo y Fomento del Emprendimiento (BOJA núm. 105, de 31 de mayo).

Las medidas reguladas en este Decreto-Ley se enmarcan en el ámbito del Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía firmado el pasado 20 de marzo por el Gobierno andaluz con los sindicatos UGT y CCOO y la Confederación de Empresarios de Andalucía. Las principales medidas que aprueba son: el llamado Bono de Empleo Joven, las ayudas para autónomos y economía social y, en tercer lugar, reordena las medidas extraordinarias de empleo acordadas en febrero redefiniendo las zonas prioritarias para su aplicación.

El Bono de Empleo Joven es un Fondo que cuenta con un presupuesto inicial de 15 millones de euros en el periodo 2013-2014 y una previsión de 3.125 beneficiarios. Se dirige a titulados universitarios, de Formación Profesional de grado medio o superior y graduados en Educación Secundaria Obligatoria procedentes del Programa Segunda Oportunidad Educativa. Se trata de una ayuda de 4.800 euros para menores de 35 años, distribuida en 12 mensualidades de 400 euros y que se hará efectiva cuando se formalice un contrato laboral por un periodo mínimo de 12 meses a jornada completa. De acuerdo con la regulación aprobada, el beneficiario conserva el derecho a la prestación en caso de que se extinga su contrato sin finalizar el año, disponiendo de tres meses para encontrar otro empleo y completar las mensualidades pendientes.

El segundo programa introducido por el Decreto-ley se dirige a los trabajadores autónomos. Cuenta con un presupuesto inicial de 51,17 millones de euros para 2013 y establece seis líneas de ayudas en los ámbitos de creación de empleo, consolidación, constitución de sociedades, afianzamiento empresarial, innovación y promoción. La primera de ellas, dirigida a la creación de empleo, apoya con 3.000 euros las contrataciones ordinarias indefinidas de menores de 35 años, a jornada completa, y también fija ayudas para contratos de duración determinada por sustituciones de personas con riesgo durante el embarazo (hasta 3.000 durante ocho meses) o por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo (hasta 1.500 euros durante 16 semanas). La segunda línea, de consolidación del empleo, incentiva con 3.000 euros las transformaciones de contratos temporales en indefinidos que realicen los autónomos (hasta un máximo de tres); mientras que la tercera, de apoyo a la creación de empresas, respalda el inicio de la actividad con medidas destinadas preferentemente a jóvenes. En este caso se establecen ayudas de hasta 2.000 euros para personas que se conviertan en autónomas, lo que equivale a una cuota lineal de 50 euros al mes durante dos años de cotización a la Seguridad Social para hombres de hasta 30 años de edad y mujeres de hasta 35 (frente a los seis meses que fija la actual norma estatal en la misma materia). Esta ayuda también va dirigida a personas que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33%. La cuarta línea, de consolidación empresarial, favorece el fortalecimiento de las estructuras comerciales, productivas y de gestión del tejido autónomo con ayudas para cooperación, relevo generacional, innovación y cohesión y competitividad. Para esta última se incentiva el 100% de los gastos de constitución del nuevo proyecto, con un máximo de 1.000 euros. Para el resto de las medidas, se cubre el 100% de los desembolsos subvencionables necesarios, con un límite de 90.000 euros.

Otra línea relacionada con el fomento de la innovación apoya la creación o consolidación de aquellas iniciativas autónomas, sociedades civiles o comuni-

dades de bienes que, promovidas por personas tituladas universitarias, implanten o desarrollen proyectos de carácter modernizador. El denominado Bono Innovación en el Trabajo Autónomo da acceso a tres tipos de incentivos: 2.000 euros para el establecimiento del proyecto, hasta 8.000 para su desarrollo y 3.000 euros por cada contratación indefinida a jornada completa (hasta un máximo de tres). Finalmente, para la promoción del trabajo autónomo, el Decreto-ley regula incentivos a organizaciones empresariales e intersectoriales sindicales en los ámbitos de la orientación y el asesoramiento empresarial (hasta 250.000 euros); difusión y sensibilización (90.000), y estudios de prospección (90.000).

En materia de economía social, el Decreto-ley establece el marco legal de las medidas para fomentar la creación de empleo estable, cualificado y de calidad en cooperativas y sociedades laborales. Se prevén tres líneas de ayuda con un presupuesto de 6,35 millones de euros para 2013. La primera se destina a favorecer la profesionalización y a mantener y mejorar la posición competitiva de las empresas andaluzas de economía social. Se fomenta así la incorporación de personas socias o trabajadoras, con incentivos de entre 2.000 y 10.000 euros dependiendo del colectivo y otros específicos de hasta 10.000 euros para la contratación de gerentes o personal técnico. Otros incentivos son los que se establecen para respaldar la constitución de empresas de economía social (incluyendo la transformación en las mismas de sociedades con actividad económica ya existente); la viabilidad económica-financiera, y el relevo generacional. Las cuantías de estas ayudas pueden alcanzar el 110% de los gastos subvencionables, con un límite de 200.000 euros. La tercera línea, de apoyo a la cooperación empresarial, recoge incentivos para actividades de interés común de varias sociedades, que requieren compartir recursos, reducir riesgos y costes y aumentar los ingresos. La cuantía puede alcanzar el 50% de los gastos subvencionables, con un límite máximo de 45.000 euros por actuación: 15.000 euros en concepto de gastos previos y 30.000 euros para costes de puesta en marcha.

El Decreto-Ley contempla, además, un programa de becas de formación en comercio internacional para titulados superiores en FP de Comercio Internacional, Marketing y Publicidad, Transporte y Logística, y Administración y Finanzas. Los beneficiarios percibirán 4.800 euros al año, cantidad que los centros colaboradores que se adhieran al programa deberán complementar con 243 euros para que el beneficiario alcance el salario mínimo. La beca se incrementa en un 20% si el beneficiario debe trasladarse de su municipio de residencia en la misma provincia, y en un 30% si el desplazamiento es a otra provincia. En total, el presupuesto del programa asciende a 624.000 euros para 2013 y 2014.

Finalmente, junto a estos cuatro programas, el Decreto-Ley incorpora tres iniciativas relacionadas con la acción de fomento de las personas emprendedoras, la atención preferente para desempleados de 45 años y la iniciativa estratégica en territorios especialmente afectados por el desempleo. La primera de ellas pondrá a disposición de los emprendedores 125 millones de euros, procedentes de los Fondos Reembolsables y del Programa para el Fomento de la Innovación y el Desarrollo Empresarial de Andalucía, con el fin de aliviar las dificultades de acceso al crédito. Además, se amplía la bonificación de tipos de interés de los créditos para proyectos de jóvenes emprendedores menores de 35 años. La segunda de estas iniciativas se dirige a los parados mayores de 45 años que proceden de expedientes de regulación de empleo del sector industrial y no están cobrando ninguna prestación económica. Estos trabajadores deberán realizar una declaración de su situación en el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) en el plazo de un mes para poder acceder a la prioridad de contratación en los nuevos planes de empleo de la Junta, en los incentivos a la creación de empresas y en el acceso a itinerarios personalizados de emprendimiento.

Por último, el Decreto-Ley define las nuevas “Zonas de Especial Atención” que tendrán prioridad para la aplicación de todas las medidas que supongan creación de empleo y de empresas y de apoyo a la actividad productiva. Estas zonas se delimitan a través de un indicador sintético del mercado de trabajo local de Andalucía elaborado por el Instituto de Estadística y Cartografía a partir del número de demandantes de empleo no ocupados inscritos en las oficinas del SAE, de las cifras de afiliaciones a la Seguridad Social y de la población de 16 a 64 años de cada municipio.

El Decreto-ley abre un plazo de un mes tras su entrada en vigor para que los posibles beneficiarios de las ayudas previstas en él presenten sus solicitudes. Una vez presentada la petición, el plazo de resolución será de dos meses en el caso del Bono de Empleo Joven y de tres meses para las otras ayudas. Todos los programas ofrecen la posibilidad de solicitud telemática. El procedimiento es el de concesión de subvenciones en concurrencia competitiva y para ello se han incluido baremos específicos en cada programa que faciliten la ponderación de las solicitudes.

Ley 3/2013, de 24 de julio, por la que se aprueba el Plan Estadístico y Cartográfico de Andalucía 2013-2017 (BOJA núm. 154, de 7 de agosto).

La estadística y la cartografía son campos del saber que proporcionan información desagregada de alto valor para la Administración Pública y para los

agentes económicos y sociales, ya que la disponibilidad de datos estadísticos y cartográficos se encuentra entre las demandas centrales de la nueva sociedad del conocimiento

En la Administración de la Junta de Andalucía las actividades estadísticas y cartográficas se han llevado a cabo mediante modelos de funcionamiento descentralizados y coordinados desde dos organismos autónomos especializados: el Instituto de Estadística de Andalucía, creado en 1990, y el Instituto de Cartografía de Andalucía, creado en 1993. El primero con funciones de coordinación y producción de la estadística oficial, y el segundo de programación y elaboración de la cartografía básica y derivada, así como la coordinación y normalización de la cartografía temática y de las bases de datos geográficos.

El Instituto de Estadística de Andalucía desarrolló un Sistema Estadístico oficial de carácter descentralizado, definido en la Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el que intervenían el Instituto de Estadística de Andalucía, la Comisión Interdepartamental de Estadística, las comisiones estadísticas de las Consejerías, la Comisión Técnica Estadística, el Consejo Andaluz de Estadística y las distintas unidades estadísticas de las Consejerías. Por su parte, el artículo 6.2 del Decreto 141/2006, de 18 de julio, por el que se ordena la actividad cartográfica en la Comunidad Autónoma de Andalucía, estableció un modelo muy similar para el Sistema Cartográfico de Andalucía compuesto por: el Instituto de Cartografía de Andalucía y las unidades cartográficas y de producción cartográfica que existan en la Administración de la Junta de Andalucía, así como por el Consejo de Cartografía de Andalucía y la Comisión de Cartografía de Andalucía.

En desarrollo de estas normas se llegaron a aprobar cuatro planes en materia estadística, el último correspondiente al periodo 2007-2012, aprobado por la Ley 4/2007, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueba el Plan Estadístico de Andalucía 2007-2010 (cuya vigencia quedó ampliada hasta el 31 de diciembre de 2012, por la disposición final primera de la Ley 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad); y uno en materia cartográfica, el Plan Cartográfico de Andalucía 2009-2012, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 16 de septiembre de 2008. Además de disponer de una organización similar, ambos sistemas han llevado a cabo en los últimos años distintas líneas de aproximación, en consonancia con la progresiva confluencia y complementariedad de sus funciones antes señalada.

La citada Ley 4/1989, de 12 de diciembre, fue modificada a través de la disposición final sexta de la Ley 4/2011, de 6 de junio, de medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización administrativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, dando lugar a una nueva forma de organización denominada Sistema Estadístico y Cartográfico de Andalucía. Esta modificación de la Ley 4/1989 definió los órganos del Sistema Estadístico y Cartográfico de Andalucía: el Consejo Andaluz de Estadística y Cartografía, la Comisión Interdepartamental Estadística y Cartográfica, la Comisión Técnica Estadística y Cartográfica, el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía, las comisiones estadísticas y cartográficas, así como las unidades estadísticas y cartográficas de las diferentes consejerías de la Junta de Andalucía (y, en su caso, de los organismos autónomos y demás entidades públicas a ellas adscritos), y los puntos de información estadístico-cartográficos de Andalucía. Asimismo, la disposición adicional tercera de la citada ley unificó los instrumentos de planificación estableciendo que las referencias a los instrumentos de planificación estadística y cartográfica pasarán a ser sustituidas por el Plan Estadístico y Cartográfico de Andalucía y sus programas anuales.

Inciendo en este marco de actuación, esta nueva Ley establece nuevos mecanismos de coordinación del Sistema Estadístico y Cartográfico de Andalucía. En consecuencia, el Plan Estadístico y Cartográfico de Andalucía 2013-2017, que se aprueba esta Ley, contribuye a reforzar esta estrategia de confluencia entre los datos cartográficos y los estadísticos mediante un tratamiento conjunto de ambos tipos de información, con la finalidad de conseguir que la cartografía se alimente de fuentes estadísticas y que las estadísticas avancen en su georreferenciación.

El Plan Estadístico y Cartográfico de Andalucía 2013-2017 sigue un modelo mixto de planificación por objetivos generales y específicos y enumeración de actividades. Los objetivos se organizan en una estructura que va de lo global a lo concreto, favoreciendo así tanto el debate previo sobre sus fines como la evaluación posterior de sus resultados. Por ello, cada uno de los objetivos específicos se concreta en necesidades de información que es preciso satisfacer. A su vez, estas necesidades se atienden mediante las actividades recogidas en el Anexo II de la Ley, que serán desarrolladas en los programas anuales.

El Plan marca cinco ejes transversales que, al ser incorporados como orientación metodológica en el diseño y ejecución de las actividades. Se refieren, respectivamente, a la cohesión, la sostenibilidad, la innovación, el género y la eva-

luación de la eficacia de las políticas públicas, y se establecen con el fin de contribuir a un mejor conocimiento de los fenómenos que caracterizan la realidad de Andalucía. Este carácter transversal introduce una nueva dimensión en la práctica estadística y cartográfica, integrando la medición de la cohesión económica, social y territorial, la sostenibilidad en sus distintas vertientes, la contribución de la información estadística y cartográfica a la innovación, la consideración de la perspectiva de género y la evaluación de la eficacia de las políticas públicas.

El Plan ordena las actividades estadísticas y cartográficas atendiendo al ciclo de vida completo de la información a partir de cuyas fases se estructura su contenido. El Plan se articula en nueve títulos en los que se divide la Ley. Tras las disposiciones generales, el título segundo establece los objetivos generales y específicos, las necesidades de información y los ejes transversales. El título tercero se dedica a la clasificación de las actividades estadísticas y cartográficas. Los títulos cuarto a octavo desarrollan las estrategias definidas en el artículo 8. Así, el título cuarto, corresponde a las fuentes, registros administrativos y los sistemas de información; el quinto, a la normalización y los procedimientos para garantizar la calidad de la información; el sexto, a la difusión, acceso y reutilización de la información; el séptimo, a la investigación, el desarrollo tecnológico, la innovación y la formación en materia de estadística y cartografía, y el octavo, a la coordinación y cooperación institucional. Y el noveno, a los mecanismos de desarrollo y evaluación del Plan Estadístico y Cartográfico de Andalucía 2013-2017.

Otras disposiciones de interés en la Comunidad Autónoma

Acuerdo de 2 de julio de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Andaluza 2014-2020. Boletín número 129 de 04/07/2013

La Junta de Andalucía, en base a lo establecido en el artículo 58 del Estatuto para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, es competente para la formulación y aprobación del Plan Estratégico para la Internacionalización de la Economía Andaluza.

El Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Andaluza 2014-2020, de conformidad con lo establecido en el VII Acuerdo de Concertación Social, tiene la finalidad de integrar en un único instrumento de planificación estratégica todas las políticas, estrategias, programas y acciones de la Junta de Andalucía para el impulso de la consolidación y expansión internacional de las empresas y de la economía andaluza.

El Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Andaluza 2014-2020 tendrá como objetivos principales:

- Incrementar la aportación del sector exterior al PIB, tanto en términos cuantitativos generales como de manera prioritaria en aquellos sectores con mayor potencial y peso en la economía, bajo criterios de sostenibilidad social y medio ambiental.
- Sostenibilidad y generación de Empleo calidad propiciando el desarrollo de profesionales capacitados para estimular la internacionalización, lo que debe traducirse en incremento de empleo vinculado a la actividad exterior.
- Fortalecimiento del tejido empresarial andaluz, mediante el establecimiento de un conjunto de estrategias y programas que faciliten la presencia de los productos y servicios andaluces en los mercados internacionales, al objeto de mejorar la competitividad de la empresa andaluza, en particular las pymes y micropymes, fomentando la Responsabilidad Social Corporativa.
- Diversificación geográfica de las exportaciones y de las empresas internacionalizadas.
- Promover la innovación empresarial en estrategias de internacionalización.
- Captación de Inversión Extranjera en Andalucía.

Acuerdo de 2 de julio de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia para la Competitividad de Andalucía 2014-2020. Boletín número 129 de 04/07/2013.

La planificación es una seña de identidad de la política económica en Andalucía desde la configuración de la Comunidad Autónoma, y así se recoge en el artículo 58.2 1 del vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. Esta planificación se ha realizado de forma consensuada con los agentes económicos y sociales más representativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma lo que ha permitido el impulso de los factores productivos y de los sectores que determinan el crecimiento a largo plazo. El contenido de esta política se ha venido definiendo y articulando de manera concertada a través de sucesivos planes de desarrollo regional que han permitido hacer posible las transformaciones económicas y sociales de Andalucía cuyos resultados pueden observarse a la luz de los cambios que se han producido en la economía andaluza en los últimos treinta años.

La ECA 2014-2020 tiene como finalidad establecer un planteamiento estratégico de desarrollo regional para Andalucía para dicho periodo, que permita impulsar el crecimiento y el empleo en Andalucía, en coherencia con la Política Europea de Cohesión en el marco de la «Estrategia Europa 2020».

Decreto 90/2013, de 23 de julio, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente a 2013. Boletín número 155 de 08/08/2013.

La Oferta de Empleo Público de la Administración General de la Junta de Andalucía para el año 2013 se configura mediante la aplicación del límite porcentual del 10 por ciento de la tasa de reposición de efectivos, teniendo también en cuenta la tasa de reposición que hubiera correspondido, en su caso, en la Oferta de Empleo Público para el año 2012. Las plazas a ofertar se concentran en los sectores, funciones o categorías profesionales que se consideran prioritarios o que afectan al funcionamiento de los servicios públicos de carácter esencial, según determina el apartado 1 del mencionado artículo 11 de la Ley 5/2012, de 26 de diciembre, en relación con el artículo 23 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre.

En base a ello, las plazas incluidas en la Oferta de Empleo Público para 2013 pertenecen de forma destacada al área económico-financiera, tanto en el

Cuerpo Superior, a través de la especialidad de Administradores de Gestión Financiera, como en el Cuerpo de Gestión Administrativa, a través de la especialidad de Gestión Financiera, a las que se añaden las necesarias plazas de apoyo pertenecientes al Grupo C. Asimismo, cabe destacar que las plazas que se incluyen en la Oferta tienen como objetivo el apoyo a las funciones prioritarias recogidas en el citado artículo 23.Uno.2.E) y F) de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, entre las que se encuentran el control y lucha contra el fraude fiscal, laboral y de subvenciones públicas, así como la gestión y control de la asignación eficiente de los recursos públicos. Dichas funciones se encuentran igualmente priorizadas en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 24 de julio de 2012, por el que se aprueban un conjunto de medidas relacionadas con el cumplimiento del Plan Económico-Financiero de reequilibrio de la Junta de Andalucía 2012-2014.

Decreto 93/2013, de 27 de agosto, por el que se regula la formación inicial y permanente del profesorado en la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el Sistema Andaluz de Formación Permanente del Profesorado. Boletín número 170 de 30/08/2013

El profesorado se enfrenta en la actualidad a una realidad educativa compleja, que le obliga a revisar los contenidos escolares y la forma de organizarlos, así como a la introducción de nuevas metodologías que permitan la mejora de los rendimientos académicos. Y, para ello, el centro docente debe convertirse en el espacio, por excelencia, de formación del profesorado, a través de un trabajo cooperativo, integrado, diversificado y en equipo. Por esto, hay que seguir profundizando en las estrategias necesarias que permitan perfeccionar la intervención en los centros docentes para impulsar, asesorar y colaborar en el desarrollo de comunidades de aprendizaje dirigidas a mejorar la realidad educativa de los mismos, así como en la organización y la práctica docente en el aula, mediante metodologías activas y de participación. El profesorado de las aulas del siglo XXI trabaja en entornos colaborativos y ayuda a los jóvenes a aprender de forma autónoma.

Con objeto de reforzar la conexión entre la formación del profesorado y las necesidades de los centros en los que presta servicio, el artículo 127.1 de la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, establece que el proyecto educativo de los centros docentes incluirá el plan de formación del profesorado. Dicho plan será elaborado a partir del diagnóstico de necesidades de formación del profesorado del centro y del resultado de las evaluaciones que se hayan llevado a cabo en el mismo.

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME¹

La STS de 21 de enero de 2013 y otras confirmatorias de algunos aspectos de la política de agencias de la Junta de Andalucía

I. ALGUNAS SENTENCIAS FAVORABLES A LA JUNTA DE ANDALUCÍA

En diversas ocasiones desde esta sección de nuestra *Revista* he destacado fallos judiciales críticos contra algunas actuaciones de la Administración o el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Parte del oficio universitario es la crítica a lo que en el ámbito del conocimiento que nos es propio aparece como defectuoso o negativo. Cuando el campo científico que se cultiva es el derecho no es prudente dejar de oír la voz de los tribunales de justicia y si sus voces son críticas emitidas en actos de contenido negativo, ha de estarse especialmente atento, aun cuando también con ellos seamos críticos, si nuestro objetivo final es colaborar en la construcción de una administración que efectivamente sirva con objetividad los intereses generales, con sujeción especialmente al principio de eficacia y el de sometimiento pleno a la ley y al derecho, como garantías básicas de la libertad y de la justicia. Pero es obvio que la crítica que se ejerce desde la instancia universitaria ni es crítica política, lo que no significa que sea neutra, ni procede de un prurito de aguafiestas compulsivo que disfruta arrugando el ceño y resaltando pegas y deficiencias. De ahí que sea particularmente grato, poder comentar en algunas ocasiones, y es el caso de este número, un conjunto de sentencias de nuestro Tribunal Supremo favorables a la Junta de Andalucía y más en concreto a su Consejo de Gobierno. Con estas sentencias se ahuyenta el espectro de manipulaciones al servicio de fines poco confesables en el esfuerzo de reordenación del sector público andaluz, Ley 1/2011, de 17 de febrero. Se trata de las STS 483/2013, de 21 de ene-

¹ Esta Sección ha sido elaborada bajo la dirección de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

ro, STS 1659/2013, de 18 de marzo y STS 1722/1913 de 25 de marzo. Todas debidas como ponente a Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

II. UNA CADENA DE IMPUGNACIONES

Desde antes de sus inicios se suscitaron sucesivas impugnaciones contra las medidas de reordenación del sector público de Andalucía desde los sectores sindicales menos afines al partido gobernante en la Junta. Contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de julio de 2010 del que fue consecuencia el Decreto-ley 2/2010, de 27 de julio que encabezó un largo proceso legislativo hasta culminar en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, con sus secuelas de impugnaciones ante el Tribunal Constitucional, se interpuso por la Confederación Sindical Independiente de Funcionarios recurso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (Sede de Málaga). El recurso dio lugar a la STSJ 3514/1011, de 16 de septiembre. Al margen del asunto que tratamos, es destacable de esta sentencia el estudio que realiza acerca de los actos políticos, en relación con la admisibilidad del recurso, aunque por su extensión y tono parece más propio de otro tipo de sedes.

El 16 de mayo de 2011 se interpuso recurso contencios-administrativo, también siguiendo el proceso especial antes citado, aunque esta vez ante la sede de Sevilla del TSJA contra el Decreto 103/2011 de 19 de abril por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales y cuya disposición adicional segunda integra al personal del Instituto Andaluz de las Artes y de las Letras en la mencionada agencia. La STSJ 414/2011, de 2 de noviembre puso fin al proceso en la instancia.

También ante la sede malagueña y por el mismo procedimiento especial se impugnó el Decreto 92/2011, de 19 de abril aprobatorio de los Estatutos de la Agencia Andaluza del Conocimiento, por integrar al personal laboral de la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria, de la Sociedad para el impulso del Talento, Talentia S.L.U y el Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología S.A. U. el recurso fue resuelto por el la STSJ 157/2012, de 2 de febrero.

Por el procedimiento ordinario se recurrió (recurso 546/11) ante la sede de Málaga el Decreto 101/2011, de 19 de abril por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios y Dependencia de la Junta de Andalucía, desestimado por sentencia 26/2012, de 16 de enero.

En primera instancia estas impugnaciones tuvieron una suerte desigual, pues mientras la Sala de Sevilla estimaba el recurso anulando la disposición impugnada la de Málaga los rechazó confirmando los textos recurridos. En casación, sin embargo, se ha producido la igualación con el aval de la jurisprudencia a las posiciones de la Junta de Andalucía con la excepción de la STSJ 26/2012 que si ha sido recurrida en casación no me consta haya recaído sentencia al respecto, cuando escribo estas líneas.

III. LAS SENTENCIAS DE CASACIÓN

La primera ha sido la STS 483/2013, de 21 de enero y quizá la más importante por cuanto supone la rectificación de la sentencia de instancia. Pone fin al recurso de casación que interpusieron la Junta de Andalucía y la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales (AAIC) contra la sentencia de 2 de noviembre de 2011, recaída en el recurso nº 414/2011, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. Esta sentencia había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día por Asociación Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía y otros contra el Decreto 103/2011, de 19 de abril por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales y declarado, por tanto, la nulidad de su Disposición Adicional Segunda a la que se consideró vulneradora de los artículos 14 y 23. 2 de la Constitución Española, pedimento que se hacía con carácter supletorio.

El texto de la disposición impugnada era el siguiente:

1. La agencia Andaluza de Instituciones Culturales asume los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo del personal laboral del Instituto Andaluz de las Artes y de las Letras y, conforme a lo dispuesto en el art. 1,e) de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, en el convenio colectivo vigente, así como los acuerdos derivados de la interpretación de los mismos, hasta la aprobación de un nuevo convenio colectivo de aplicación.

2. Conforme al apartado 1.b) de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, el acceso, en su caso, de este personal a la condición de funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público

3...

Los recurrentes de instancia reprochaban a esta disposición que perjudicaba sus derechos a acceder y permanecer en la función pública porque la integración en la AAIC del personal del anterior Instituto Andaluz de las Artes y de las Letras (IAAL) se había producido sin ser seleccionados conforme a los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad. Según los recurrentes con esta integración el decreto impugnado les deba acceso directo a la administración institucional de la Junta de Andalucía.

La STC 483/2013 recuerda que en la instancia los recurrentes estuvieron apoyados por el Ministerio Fiscal que entendió que los integrantes del antiguo IAAL, que no tenía atribuidas potestades públicas pasaron a ejercer directa o indirectamente las potestades propias de la administración instrumental de la Junta de Andalucía por su integración en la AAIC. De ahí que al anterior reproche hubiera que añadir como motivo de nulidad el ejercicio de funciones públicas por un personal que no ha accedido a la administración por el sistema legalmente establecido.

La sentencia recurrida en casación admite que al integrar directamente al personal procedente del IAAL en la AAIC *se quiebra la igualdad pues pasa a formar parte como personal laboral de la Agencia y, por tanto, entra en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público (art. 2.1 -personal de las Agencias-), pero claro está sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público exigidos en la Constitución, en el Estatuto Básico, en la Ley de Reordenación (art. 70) y en el propio Decreto impugnado en cuyos Estatutos se establece para su personal, un sistema que respeta los principios de igualdad, mérito y capacidad*.

Frente a estas afirmaciones, la AAIC ya en el recurso de casación, recuerda que el personal del IAAL ya tenía condición de empleado público antes de la integración pues éste era una entidad de derecho público, al mismo tiempo pone de manifiesto que la sentencia de instancia incurre en *error afirmar que el personal del IAAL accedió a su contrato de trabajo con elusión de todo proceso selectivo y dar por sentado que en su selección se violaron todos los principios constitucionales. Además de no haberse discutido tal extremo, ni haber sido objeto de prueba, dice la recurrente en casación, que la sentencia confunde el acceso a un empleo en una entidad de Derecho Público con la adquisición de la condición de empleado público. Asimismo, expone el procedimiento de selección del personal previsto en el convenio colectivo del IAAL para la contratación indefinida, el cual contempla una fase de estudio del historial profesional otra de pruebas selectivas y otra de entrevista personal y la publicación del resultado del proceso.*

Por otro lado la AATC destaca que el hecho de que la agencia sea titular de potestades públicas no significa que el personal laboral pueda tenerlas atribui-

das sino que está previsto legal y reglamentariamente que su ejercicio corresponda a funcionarios.

Por su parte, el Ministerio Fiscal ahora ante el TS tras una serie de consideraciones en las que pone de relieve el carácter de legalidad ordinaria que reviste el debate en que se plasma el litigio afirma: *la sentencia “(...) ha puesto en relación el contenido de la Disposición Adicional Segunda y el mecanismo de integración del personal laboral previsto en la misma con los principios generales consagrados en el Estatuto Básico del Empleado Público para el acceso al empleo público (...), pero aparte de la afirmación de que tal integración ha afectado al derecho de acceso in genere del personal funcionario y laboral de la Junta al empleo público, lo que (...) es de imposible causación, (...) tampoco se han descrito cuáles han podido ser los concretos perjuicios que tal Disposición Adicional ha causado al derecho a la promoción profesional de los recurrentes, a excepción (...) de la genérica referencia que se hace en la sentencia respecto de “...los que hayan accedido al empleo público, se mantengan en ella sin perturbaciones ilegítimas”.*

Por otro lado apoya la afirmación de la AACI: *el personal del IAAL ya tenía la condición de empleado público, ya estaba sujeto al Estatuto Básico del Empleado Público antes de que se aprobara la Ley 1/2011 y se dictara el Decreto 103/2011. Este es un dato relevante para la estimación del recurso de casación, dice el Ministerio Fiscal, y supone que, “tampoco desde la perspectiva de la legalidad asiste la razón a la Sala de instancia dado que la conversión del Instituto en Agencia Pública no ha supuesto alteración alguna en el régimen del personal laboral de aquél”.*

En consecuencia termina avalando la estimación del recurso de casación. Cosa que hace el TS que con argumentos que se pueden sintetizar así.

...todo se reduce a la incidencia que tienen las normas legales y la disposición reglamentaria en el derecho de los actores a la promoción profesional o, más en concreto, a la provisión de los puestos que no ocuparían quienes proceden del IAAL si es que fuera contraria al ordenamiento jurídico su integración en la AAIC. ... El derecho del que se trata, ciertamente, es de configuración legal y a ella contribuye la Ley 1/2011 que, como ya sabemos, el Decreto 103/2011 se limita a cumplir en sus términos. Configuración que, tratándose no ya del acceso a la función pública sino del desarrollo de la carrera administrativa, permite mayores márgenes a la Administración a la hora de organizar la forma de provisión de los puestos de trabajo. La solución seguida por el legislador en este caso no nos suscita dudas de constitucionalidad porque, como resalta el Ministerio Fiscal, se mueve dentro de ese espacio y lo hace, además, ateniéndose, sin variarla, a la situación existente. Es decir, manteniendo en la condición que ya tenía al personal del IAAL con la única diferencia de que ahora pasa a serlo de la AAIC. Así, quienes eran empleados públicos del primero, entidad pública, siguen siéndolo, ahora de la segunda, entidad pública igualmente, sin que por la integración controvertida pa-

sen a formar parte de la función pública ni del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

De donde se desprende que el procedimiento seguido había estado equivocado y que tampoco parece que desde la perspectiva de la legalidad pudiera hacerse reproche alguno a la operación impugnada.

Las otras sentencias de casación –con mucha mayor brevedad que la anterior, se limitan a confirmar los argumentos de las sentencias impugnadas en lo esencial con estas argumentaciones:

- a) Las disposiciones cuestionadas no afectan al derecho de acceso a la función pública sino el relativo a la carrera profesional de los funcionarios públicos.
- b) La integración del personal laboral en las respectivas agencias no supone modificación de su status sino adscripción a una nueva entidad por el mecanismo de sucesión de empresas.

NOTICIAS DE
REVISTA AUTONÓMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas*

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias .

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, *Ley Foral 23/2001, de 27 de noviembre, y la STC 208/2012, de 14 de noviembre, que modifica el bloque de la constitucionalidad de Navarra*, “Revista Jurídica de Navarra”, núm. 53-54, enero-diciembre 2012, pp. 149-184.

En este trabajo se analiza el impacto de la STC 208/2012, de 14 de noviembre. El Tribunal Constitucional ha reconocido la competencia tributaria de Navarra como derecho histórico amparado por la Constitución y concretado en la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Fuero concretando su alcance respecto de los impuestos concertados y al establecimiento de nuevos impuestos, entendiendo que el régimen de convenio económico es especial respecto a los primeros, pero que los segundos deben adecuarse al régimen general de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas. Cree ALLI ARANGUREN que la STC ha alterado el sistema de los derechos históricos establecido por el bloque de la constitucionalidad, introduciendo una norma ajena al mismo, sin otra justificación que un voluntarismo uniformista que, en su opinión, es radicalmente contrario a la Disposición Adicional Primera de la Constitución y que encierra un grave ataque a la esencia de la foralidad ignorando todos sus fundamentos, al interferirla con una norma homogeizadora, sin respetar las características propias de los derechos históricos como han sido establecidos por el bloque de la constitucionalidad, hasta ahora avalado por las numerosas sentencias que el propio Tribunal Constitucional invoca.

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

ARIAS ARIAS, Ignacio, *Chequeo a la Administración Pública y Propuesta de Código Ético y de Buenas Prácticas*, “Revista Jurídica de Asturias”, núm. 35, 2011, pp. 97-139.

* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA

Realiza ARIAS ARIAS una reflexión horizontal sobre la Administración Pública y el propio Derecho Administrativo. Se centra en la desprofesionalización progresiva que en su opinión coadyuva a la existencia de supuestos de corrupción. Critica la atipicidad del personal eventual en una Administración profesionalizada y cree que la libre designación es fuente de corrupción. A continuación analiza los Códigos de buen Gobierno; la evolución en las tendencias éticas de los empleados públicos; el principio de buena fe y confianza legítima y los informes NOLAN y AUKEN; el carácter de *Soft Law* del Código ético del Estatuto Básico del Empleado Público. El Estudio culmina con una propuesta de Código ético y de buenas prácticas para la Administración Pública que es imposible resumir aquí. Destacamos, entre otras, las siguientes propuestas: 1) los funcionarios que sean designados para cargos políticos pasaran a la situación de excedencia voluntaria con reserva de puesto. El tiempo de permanencia en dichos cargos no será computable a ningún efecto, ni servirá para consolidar derecho económico o de cualquier otra índole; 2) prohibición de aceptar regalos mas allá de los usos habituales, sociales y de cortesía –entendiéndose que superan este límite los de más de 100 euros- (éste que rescensiona cree que la prohibición debiera ser absoluta); 3) carácter excepcional del personal eventual reservado a puestos de estricta confianza política; 4) creación de un registro público de precedentes; 5) Los recursos administrativos que planteen los interesados deberán ser informados por funcionarios que no hayan intervenido el procedimiento que hubiera dado lugar al acto impugnado. ARIAS ARIAS es partidario de la mayor transparencia a través de la Web para retribuciones, personal eventual y de medidas revolucionarias en materia de contratación y procedimiento selectivos (supresión de las entrevistas por la imposibilidad de control, acceso de todos a los ejercicios realizados, etc..)

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

TOSCANO GIL, Francisco, *Actualidad y vigencia de la clasificación de los Reglamentos en ejecutivos e independientes*, “RJCyL” núm. 30, Mayo 2013, pp.1-23.

En este artículo se reflexiona acerca de la actualidad y vigencia de esta clasificación en el Derecho Administrativo de nuestro tiempo, analizando los problemas que plantea, apuntando sus principales quiebras, y estableciendo criterios y propuestas que permitan avanzar en la reformulación de esta construcción. Se presta especial atención a la aplicación de esta clasificación a las normas locales, que presenta especificidades propias. Se centra TOSCANO GIL

en los criterios de diferenciación entre el reglamento ejecutivo y el independiente (el criterio del desarrollo legal y el criterio de la remisión o habilitación legal) y en la aplicación de estos criterios de diferenciación a las normas locales. Cree TOSCANO GIL que en la relación entre ley y norma local el principio de competencia tiene mayor virtualidad que el de jerarquía. Si la norma local encuentra un límite en la ley, no es porque ésta sea una norma jerárquicamente superior, sino porque lo regulado por la ley está reservado a ésta, por ser competencia de la asamblea legislativa correspondiente. Afirma así, que “por mucho que la ordenanza local pueda considerarse una ley material, esto sólo le da pie a establecer regulaciones propias y diferenciadas, en el ejercicio de competencias y políticas propias de la entidad autónoma local, pero con el necesario respeto a la reserva de ley, que, en ningún caso puede ser soslayada por la norma local”. Concluye TOSCANO GIL que la ordenanza local no se dicta en base a una habilitación o remisión legal previa. Ni en las leyes reguladoras de sectores materiales de actividad, ni en la LRBRL, es posible encontrar este tipo de habilitaciones, al modo de las habilitaciones o remisiones que, por el contrario, sí es posible hallar en las leyes sectoriales, cuando éstas quieren llamar a la colaboración del reglamento estatal o autonómico. Lo que encontramos en la LRBRL es, simplemente, la atribución de una potestad, pero no una norma de remisión legal. Por tanto, en base a la aplicación de este segundo criterio, la ordenanza local habría de clasificarse, necesariamente, como un reglamento independiente, porque no se dicta en función de una habilitación legal previa, sino en el ejercicio de una competencia propia del ente local, que decide regular una materia que le es propia mediante el ejercicio de la potestad normativa que le atribuyen las leyes. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, *La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interrelación entre el derecho urbanístico y el derecho de la contratación pública: de la sentencia de 12 de julio de 2001 a la de 26 de mayo de 2011*, “RJCyL” núm. 31, Septiembre 2013, pp. 1-29.

En este estudio se lleva a cabo el análisis de la evolución que ha venido experimentando la Jurisprudencia del TJUE desde su Sentencia de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98, *Ordine degli Architetti* y otros (más conocida como Asunto *Scala* de Milán), a la de 26 de mayo de 2011, en relación al grado de intensidad con el que se debe de aplicar el Derecho comunitario de contratos públicos a la actividad urbanística. El autor concluye que la jurisprudencia europea ha pasado de abogar ampliamente por la aplicación del Derecho comunitario de contratos a la actividad urbanística, a otra jurisprudencia a raíz de las recientes sentencias de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, *Helmut Müller*,

y de 26 de mayo de 2011, asunto C-306/08, *Comisión contra el Reino de España* que establece más limitaciones en dicha aplicación. En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determina que la existencia de un contrato público de obras es un requisito para la aplicación de la Directiva, y para que exista dicho contrato deben cumplirse los siguientes requisitos: que se trate de un contrato, celebrado a título oneroso, por escrito, entre, por una parte, un contratista y, por otra parte, una entidad adjudicadora, y que tenga por objeto, en particular, la ejecución de cierto tipo de obra o de obras definidas por la Directiva. El TJUE en su Sentencia 26 de mayo de 2011, asunto C-306/08, *Comisión contra el Reino de España* desestima el recurso de la Comisión Europea contra la legislación urbanística valenciana, en relación con el supuesto incumplimiento de la normativa de contratación pública, puesto que la ejecución llevada a cabo por el urbanizador comprende actividades que no pueden calificarse de obras en el sentido de las directivas que la Comisión Europea alegaba como aplicables en su escrito de impugnación. En opinión de GARCÍA JIMÉNEZ, el TJUE debería de haber enjuiciado el fondo del asunto, cosa que no hace porque, según dice en la Sentencia la Comisión Europea, no ha demostrado suficientemente que los PAI constituyen auténticos contratos de obra en el recurso planteado, por lo que no entra a dirimir si la utilización de los PAI previstos por la legislación urbanística valenciana son, efectivamente, contratos de obra, y se limita a indicar que podría haber actividades dentro de los PAI que por su naturaleza podrían constituir servicios mencionados en el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 y en el artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18, respectivamente.

ARIAS ARIAS, Ignacio, *Chequeo a la Administración Pública y Propuesta de Código Ético y de Buenas Prácticas*, “Revista Jurídica de Asturias”, núm. 35, 2011, pp. 97-139. *Vid.* (2).

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *La presencia del crucifijo en las escuelas públicas es compatible con la constitución (una réplica)*, “RJCyL” núm. 31, Septiembre 2013, pp.1-39.

Replicando trabajos anteriores publicados en la misma revista, PRIETO ÁLVAREZ ofrece en este trabajo una visión contrapuesta: no considera que la aconfesionalidad estatal sea un obstáculo a la asunción de este elemento religioso en las aulas públicas, de modo que el artículo 16.3 CE no supone un obstáculo para la plena efectividad del artículo 27.3 CE. Considera PRIETO ÁLVAREZ que las acogidas de elementos religiosos, tan diversas en nuestra vida pública, no implican que la confesión en cuestión adquiera «carácter estatal», pues se sitúan en planos distintos.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

BLANCO HIGUERA, Alfonso Luis, *La propiedad pública de los montes como condición necesaria para su catalogación antes y después de la Ley de Montes del 2003*, “RJCyL” núm. 30, Mayo 2013, pp.1-35

Parte BLANCO HIGUERA del estudio de la propiedad forestal pública catalogada, sus orígenes, evolución y naturaleza. Estudia a continuación: 1) la presunción legal de posesión pública *ad usucapionem* de los montes catalogados y el deslinde como condición de su eficacia; 2) la prevalencia de la publicidad inmobiliaria registral y de la prescripción adquisitiva trentenal, y 3) la Ley de Montes de 2003: su impacto en la catalogación de los montes declarados de utilidad pública. El Catálogo de Montes de Utilidad Pública otorgaba la presunción de su posesión por la Entidad pública a quien se asignaba su pertenencia, a fin de adquirir su propiedad pública por prescripción, que se producía cuando dicha presunción no era destruida en plazo mediante títulos de dominio inscritos en el Registro de la Propiedad, o por la prescripción adquisitiva por su posesión particular durante treinta años. La Ley de Montes de 2003 incluyó en el dominio público a todos los Montes de Utilidad Pública, pero no alteró la combinación de las normas administrativas y civiles determinantes de su propiedad, reiterando la exigencia de que dichos montes sean de propiedad pública, debiéndose excluir de los Catálogos las fincas de dominio privado no prescrito. Esta es la tesis fundamental del Estudio que recensionamos que funda solidamente su autor: El cariz, palmariamente contrario a la letra de la Constitución, de una confiscación retroactiva *ex lege* del derecho de propiedad ha de conducir –atendiendo a la literalidad de la propia LM/2003– a la confirmación de la subsistencia de la necesaria pertenencia pública de las fincas patrimoniales que, por reunir determinadas características protectoras de utilidad pública, fueran objeto de catalogación. Y, por ello, la inclusión en el dominio público de las fincas patrimoniales enclavadas en los montes de utilidad pública no puede alterar su régimen dominical, pues la LM/2003 ciñe la catalogación de aquellas a su indiscutida e indiscutible propiedad pública, habiéndose de proceder, por tanto –y previo juicio declarativo ordinario de propiedad, suscitado por el particular que opusiese su dominio– a excluir de los correspondientes Catálogos, o a no catalogar, las fincas forestales de probado dominio particular consumado y vigente, pues –hoy como ayer– el problema de la posesión y el dominio sobre los montes de utilidad pública sigue girando en torno a la confrontación de los títulos que prueben su propiedad pública o particular. Por lo tanto, el hecho de que tales montes reúnan los caracteres precisos para su catalogación no sería suficiente por sí solo para que pudieran in-

cluirse, sin más, en el dominio público forestal, y ello porque –además de su necesaria titularidad pública– ésta no sería hoy tan necesaria para la consecución de una finalidad de utilidad pública por parte de una finca forestal, independientemente de su pertenencia, máxime teniendo en cuenta la subsistencia de figuras alternativas a la de los montes catalogados de utilidad pública, para satisfacer sus fines de protección medio ambiental.

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, *Ley Foral 23/2001, de 27 de noviembre, y la STC 208/2012, de 14 de noviembre, que modifica el bloque de la constitucionalidad de Navarra*, “Revista Jurídica de Navarra”, núm. 53-54, enero-diciembre 2012, pp. 149-184. *Vid.* (1).

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

BELLO PAREDES, Santiago, *Derecho nuclear y funcionamiento a largo plazo de las centrales nucleares*, “RJCyL” núm. 30, mayo 2013, Septiembre 2013, pp.1-23. *Vid.* (6).

(6) § Sectores Administrativos de Intervención Derecho Administrativo económico (Aguas, Montes, Minas, Costas, Agricultura y pesca, Urbanismo y Ordenación del territorio, Medioambiente, Energía, Telecomunicaciones, Patrimonio cultural, etc).

BELLO PAREDES, Santiago, *Derecho nuclear y funcionamiento a largo plazo de las centrales nucleares*, “RJCyL” núm. 30, mayo 2013, Septiembre 2013, pp.1-23.

La Convención sobre Seguridad Nuclear, adoptada por la OIEA en fecha 20 de septiembre de 1994, se refiere a la regulación de las distintas fases de la vida de una instalación nuclear, incluyendo su diseño, construcción, operación y, por último, su cierre y desmantelamiento. En este entorno normativo, la vida útil de la instalación nuclear es definida de acuerdo con criterios de seguridad, que tienen que ser estudiados y evaluados por los organismos reguladores en cada supuesto concreto, y ello sin ninguna referencia a un período temporal preestablecido, ni a que éste tenga una duración de 40 años. La realidad actual, tanto en Estados Unidos como en los países europeos con centrales nucleares en funcionamiento, salvo en Alemania, es que se está autorizando el funcionamiento de las centrales nucleares que fueron construidas hace más de

30 o 35 años, lo que viene denominándose como operación a largo plazo, «*long term operation* (LOT)». Estudia así BELLO PAREDES el marco normativo de las instalaciones nucleares en el Derecho internacional; la situación normativa en los Estados Unidos de América; la situación en Europa: especial referencia a la legislación francesa, española y británica. Cree BELLO PAREDES que la vida útil de una instalación nuclear debe quedar definida exclusivamente de acuerdo con criterios de seguridad. Si, por el contrario, se pretende limitar el periodo de funcionamiento de las centrales nucleares por otros condicionantes, esta decisión debe estar guiada exclusivamente por motivos referidos a la definición de la política energética nacional. En todo caso, y ante la actual coyuntura económica que está atravesando la economía española, la cual necesita una disminución del precio de la energía y un incremento de su grado de autoabastecimiento, resulta necesaria la continuidad de las centrales nucleares actualmente en funcionamiento, debiéndose ampliar si fuera necesario su vida útil, siempre que se garantice su seguridad. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

BLANCO HIGUERA, Alfonso Luis, *La propiedad pública de los montes como condición necesaria para su catalogación antes y después de la Ley de Montes del 2003*, “RJCyL” núm. 30, Mayo 2013, pp. 1-35. Vid. (4)

GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio, *La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interrelación entre el derecho urbanístico y el derecho de la contratación pública: de la sentencia de 12 de julio de 2001 a la de 26 de mayo de 2011*, “RJCyL” núm. 31, Septiembre 2013, pp. 1-29. Vid. (3).

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *Sanidad animal y contradicción de diagnósticos y análisis oficiales: las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y de 6 de octubre de 2010 y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 de julio de 2011*, “RJCyL” núm. 31, Septiembre 2013, pp.1-43.

Parte FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, sólido administrativista, de la reflexión sobre la importancia de la sanidad animal. Analiza a continuación los antecedentes históricos y la legislación vigente en materia de sanidad animal -la prevención, lucha, control y erradicación de las enfermedades de animales-; la normativa nacional; normativa de la Comunidad de Castilla y León. En estos sistemas normativos cobran importancia las medidas para prevenir enfermedades de los animales, los programas de erradicación de las mismas y las campañas de vacunación. En su aplicación, han surgido a veces problemas con los análisis oficiales de diagnóstico, surgiendo la posibilidad, avalada por

alguna sentencia judicial aislada, para los ganaderos de realizar análisis contradictorios de los anteriores. Examina así FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, la contradicción de análisis y pruebas de diagnósticos sanitarios oficiales y la realización de análisis y pruebas en otros laboratorios en la jurisprudencia (el caso de la explotación la isla de Cantabria y la respuesta del Tribunal Supremo; la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2010; las actuaciones en la materia de los tribunales de Castilla y León: el reconocimiento judicial del derecho a la contradicción de análisis sanitarios oficiales. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ reflexiona sobre los problemas para el ejercicio del derecho a realizar análisis contradictorios de los oficiales y posible solución futura. Las decisiones judiciales reseñadas en su Estudio avalan los análisis de contradicción siempre que se realicen con medios oficiales de diagnóstico y por personal y laboratorios de la correspondiente Red nacional o autonómica. Pero, advierte FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ nos encontramos con el problema de que la normativa reguladora de la toma de muestras y de los análisis no prevé un sistema que integrara con normalidad la obtención de muestras suficientes para poder realizar tales análisis y diagnósticos de contradicción. Sin embargo, el Ordenamiento sí prevé tal sistema en algunos ámbitos, como en relación con las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agro-alimentaria (Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, B.O.E. de 15 de julio, modificado posteriormente), en materia de medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos (Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, B.O.E. del 7 de agosto), o, en un ámbito más cercano a nuestra materia, en relación con los medicamentos veterinarios (Real Decreto 109/1995, de 27 de enero, B.O.E. de 3 de marzo); por lo que, el autor, propone en aras de una mejor protección de los derechos e intereses reconocidos jurisprudencialmente a los ganaderos recurrentes, algún cambio normativo que propiciara, con las debidas garantías y seguridad jurídica, la posibilidad de realizar los análisis contradictorios correspondientes.

GARCÍA GARCÍA, Pilar & BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, *El uso de contenciones en el ámbito de los servicios sociales de Navarra*, “Revista Jurídica de Navarra”, núm. 53-54, enero-diciembre 2012, pp. 71-112.

En este trabajo se analiza el pionero y avanzado Decreto Foral 221/2011, de 28 de septiembre, por el que se regula el uso de sujeciones físicas y farmacológicas en el ámbito de los servicios sociales residenciales de atención a ancianos y discapacitados de la Comunidad Foral de Navarra (principios informantes, derechos humanos afectados por su utilización, procedimientos, garantías y controles).

CASTEL GAYÁN, Sergio & LACASA VIDAL, Jesús, *Diversificación, desestacionalización y derecho del turismo*, “Revista Jurídica de Navarra”, núm. 53-54, enero-diciembre 2012, pp. 113-146.

En este trabajo se analiza la diversificación y desestacionalización como principios esenciales del régimen jurídico del turismo. Estudian así la nueva etapa de la política turística, la diversificación y el Derecho del turismo y su incidencia en el estatuto jurídico de los agentes turísticos (empresa turística y complejización normativa, adaptación jurídica al nuevo perfil del turista y profesionalización turística) y la intervención administrativa para la diversificación y desestacionalización (planificación, promoción y fomento). El legislador ha asumido estos cambios adecuando el estatuto de los agentes turísticos al nuevo escenario y ordenando la planificación y apoyo de la Administración turística a la estrategia de diversificación. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

(7) §Varia

Prieto Álvarez, Tomás, *La presencia del crucifijo en las escuelas públicas es compatible con la constitución (una réplica)*, “RJCyL” núm. 31, Septiembre 2013, pp.1-39. Vid. (3).

Abreviaturas

RJA	Revista Jurídica de Asturias
RJCyL	Revista Jurídica de Castilla y León ¹ .
RJN	Revista Jurídica de Navarra

¹ En www.jcyl.es/revistajuridica se pueden consultar de forma libre y gratuita los contenidos de dicha revista.

RECENSIONES

RECENSIONES

QUINTANA LÓPEZ, Tomás. *Concesión de minas y protección del medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, 253 págs.

Con esta monografía nos trae el profesor QUINTANA LÓPEZ un tema de primer orden dada la importancia de las materias primas para la vida diaria de los ciudadanos. Pero a pesar de su indudable interés estratégico, la doctrina administrativa española le ha dedicado relativa escasa atención, lo cual es particularmente grave ya que nuestra Ley de Minas data de 1973, es pues preconstitucional y se basa en principios tradicionales del Derecho minero que hoy por hoy exigen revisarse.

La obra se estructura en dos partes. La primera, dedicada al estudio de las cuestiones más controvertidas que suscita el régimen de la explotación y aprovechamiento de los recursos mineros mediante concesión. No se ocupa pues del régimen de aprovechamiento de los recursos mineros de las Secciones A y B para los que el legislador de la Ley 22/1973, de 21 de julio (LMi) exige autorización.

En la segunda parte, el profesor TOMÁS QUINTANA retoma el estudio de la tutela ambiental de las actividades extractivas sujetas a concesión minera, tema del que ya se ocupó intensamente hace más de veinticinco años en su obra *La repercusión de las actividades mineras en el medio ambiente. Tratamiento jurídico*, (Montecorvo, 1987). Se pone de manifiesto que mientras que el Derecho que se ocupa de la tutela ambiental se ha renovado completamente en este transcurso, por contraste, sigue vigente la Ley 22/1973, de 21 de julio, que sólo ha sufrido alguna modificación puntual.

Como hemos señalado la primera parte se dedica al estudio de la concesión minera, título que exige el aprovechamiento de los recursos de las Secciones C y D LMi cuyo régimen jurídico se encuentra en la propia legislación de minas y, en su caso, a falta de previsión específica o insuficiencia, en las normas que regulan las concesiones demaniales en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Para el profesor QUINTANA la concesión minera formalmente es identificable con un acto administrativo, cuya naturaleza no queda desvirtuada ni por ser dictado previa solicitud del interesado ni por la voluntaria aceptación por el concesionario. En el régimen jurídico de la explotación de los recursos minerales mediante concesión no se puede reconocer la esencia sinalagmática inherente a la actividad convencional de la Administración, como tampoco son fácilmente asimilables las potestades que puede ejercer la Administración concedente a lo largo del tiempo en que esté vigente el título con las prerrogativas que confiere el ordenamiento jurídico a la Administración en las relaciones contractuales. No obstante, re-

conoce TOMÁS QUINTANA que esta es una de las cuestiones ampliamente controvertidas tanto entre la doctrina como en la jurisprudencia.

La concesión de minas tiene carácter constitutivo. Su objeto, el derecho al aprovechamiento de los recursos mineros como un derecho patrimonial, es de naturaleza real, oponible *erga omnes* y sometido al Derecho administrativo, lo que no impide que sobre él puedan proyectarse las facultades dispositivas inherentes a su titularidad, aunque su ejercicio se halle sometido a control de la Administración.

En cambio, sí ha dado lugar a controversia doctrinal y jurisprudencial el margen de discrecionalidad de la Administración en el otorgamiento de la concesión. Mas para el autor la legislación minera ofrece suficientes pautas a la Administración para resolver conforme a Derecho (arts. 63 y 67 LMi). De ahí que la decisión de la Administración ante la solicitud de una concesión administrativa es reglada.

La legislación de minas contempla dos vías a través de las que el sujeto capacitado para ser titular de derechos mineros puede convertirse en concesionario: la concesión derivada de permisos de exploración e investigación previos y la concesión directa.

Debido al normal desconocimiento, tanto de su existencia como del volumen y posibilidades de explotación, en que se hallan los recursos minerales, resulta prioritario, tanto para el potencial concesionario como para la Administración, tener la certeza de que el mineral existe. Para ello, la legislación de minas ha dispuesto la eventual utilización de dos fases previas a la explotación propiamente dicha a que da acceso el título concesional: se trata de la exploración y de la investigación. El permiso de exploración que se regula en arts. 40 a 42 LMi y 59 a 61 del RMi habilita a su titular para realizar *«el estudio de grandes áreas mediante métodos rápidos de reconocimiento durante períodos cortos de tiempo, con el fin de seleccionar las zonas más interesantes y obtener sobre ellas los permisos de investigación correspondientes»*. Como fase inicial con que está concebida, además, otorga a su titular el derecho a obtener un permiso de investigación e, incluso, prioridad en la solicitud de concesiones directas de explotación de los recursos desde el momento en que ya fueran suficientemente conocidos, siempre dentro del perímetro para el que se obtuvo el permiso de exploración y en los terrenos que en el momento de la solicitud de éste fueran francos y registrables.

Según QUINTANA el permiso de exploración pertenece a la categoría de la autorización como mecanismo de control no para el ejercicio de un derecho del que ya se es titular, sino para llevar a cabo una actividad para la que el ordenamiento ha reconocido una capacidad general a ciertos sujetos —los posibles titulares de derechos mineros—, cuyo efectivo ejercicio está sometido a un control *ex ante* por razón del interés público que subyace a la explotación de la riqueza mineral del país; para cuya

tutela la Administración ha de aplicar las pautas que el propio ordenamiento le otorga, en particular la legislación de minas.

La actividad de investigación a que habilita la obtención del correspondiente permiso, regulado en los arts. 43 a 59 de la LMi, 62 a 78 del RMi consiste en realizar estudios y trabajos encaminados a poner de manifiesto y definir uno o varios recursos de las secciones C) y D), a la vez que supone para el titular la prioridad en el otorgamiento de la concesión. Tres son las vías a través de las cuales los sujetos puedan solicitar y obtener un permiso de investigación: la obtención directa del permiso de investigación, la solicitud por parte de quien, al ser titular de un permiso de exploración, tiene preferencia para obtener el correspondiente de investigación y, por último, la participación en concurrencia para obtener uno de estos permisos en un procedimiento iniciado por la Administración.

El acto administrativo en que consiste el permiso de investigación no difiere en esencia del permiso de exploración. Se trata de una autorización.

El preciso conocimiento de los recursos de las Secciones C y D, aun sin haber obtenido el permiso de investigación e, incluso, ni tan siquiera el de exploración, permite solicitar la concesión directa de explotación. Los supuestos contemplados legalmente que habilitan la solicitud de concesión directa son dos: cuando sea suficientemente conocida la existencia del recurso y se estime viable su explotación, certeza a la que se puede llegar mediante la realización de las actividades inherentes al permiso de exploración o bien sin necesidad de llevarlas a cabo. En este segundo supuesto, también previsto por el art. 63 LMi, parece claro que se prescinde de la exploración previa, en tanto que se permite realizar la solicitud de la concesión directa cuando sobre recursos suficientemente reconocidos en derechos mineros caducados existan datos y pruebas que permitan definir su explotación como consecuencia de mejoras técnicas o de nuevas perspectivas de mercado.

Puestos de manifiesto los recursos minerales de cualquiera de estas secciones, su explotación requiere la obtención de una concesión administrativa, bien sea derivada de un permiso de investigación previo (arts. 67 a 74 de la LMi y 88 a 97 del RMi), o bien haya sido solicitada directamente. Se haya seguido uno u otro camino, el acto resolutorio es la expresión de una potestad administrativa reglada, afirmación que es pacífica cuando el procedimiento de otorgamiento tiene su origen en un permiso de investigación previo, pero que, sin embargo, no es de aceptación general en el caso de que la resolución haya de tomarse a partir de una solicitud de concesión directa. No obstante, para QUINTANA cualquiera que sea la vía mediante la que se pretenda obtener la concesión, la resolución de otorgamiento o denegación de la concesión siempre es un acto reglado.

Termina esta primera parte analizando los negocios jurídicos sobre los derechos mineros, así como la extinción de la concesión.

La segunda parte, se dedica a la protección del medio ambiente en la minería y se vertebra en torno a cinco capítulos.

En el capítulo primero se hace referencia a la protección del medio ambiente en la propia legislación de Minas. Merece ser destacado el art. 5.3 LMi al ordenar al Ministerio de Industria realizar los estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del ambiente en el aprovechamiento de los recursos mineros y su establecimiento mediante Decreto. Sin embargo no sólo no se llegó a aprobar, sino que las relaciones entre minería y medio ambiente cuando desembocaban en conflicto judicial, en general fueron resueltos por la Administración con soluciones favorables a la explotación de la riqueza minera en general. No obstante, en ese tiempo el mayor control que se proyectaba sobre las actividades mineras se pretendía que procediera de la propia Administración competente en materia de minas, hasta el punto de que el art. 116.2 LMi atribuía a las Delegaciones provinciales del Ministerio de Industria la potestad de suspender provisionalmente los trabajos que se vinieran realizando, incluso por razones vinculadas al medio ambiente, insistiendo en su apartado 1 que *“ninguna autoridad distinta del Ministerio de Industria podrá suspender los trabajos de aprovechamiento de recursos que estuviesen autorizados conforme a las disposiciones de esta Ley*. Este precepto abrió el camino a un ejercicio desmesurado de esta prerrogativa en manos de la Administración sectorial de minas, lo que suponía una desactivación de facto de buena medida de los instrumentos que ofrecía el ordenamiento jurídico para disciplinar las actividades de extracción y aprovechamiento de los recursos mineros desde las perspectivas ambiental y urbanística. Este escenario cambió por el impulso de la CE 1978, el nuevo marco de distribución de competencias y la inclusión de la protección ambiental en el art. 45 CE. La primera manifestación de este impulso se produjo en Cataluña con la aprobación de la Ley 12/1981, de 24 de diciembre, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas. Esta Ley dio lugar a la STC 64/1982, de 4 de noviembre, que sirvió tanto para respaldar la competencia autonómica para dictarla como para negar la prioridad absoluta del fomento de la minería frente a la protección del medio ambiente. Tras la citada sentencia se promulgó el RD 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración del espacio natural afectado por actividades extractivas.

En el capítulo segundo se analiza extensamente la evaluación del impacto ambiental de las actividades mineras, desde la promulgación del RDL 1302/1986 de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental. La evaluación de impacto ambiental resulta desde el principio de aplicación a las actividades mineras de “ex-

tracción a cielo abierto de hulla lignito u otros minerales”. Las posteriores y sucesivas reformas promovidos en general por imperativo comunitario, justificaron la necesidad de disponer de un nuevo Texto refundido en la materia, aprobado por RDL 1/2008, de 11 de enero.

Estudia el autor las reglas básicas sobre la evaluación de impacto ambiental aplicables a las actividades extractivas en el TR 1/2008: ámbito de aplicación de las normas estatales básicas y Administración competente, formulación del estudio de impacto ambiental, trámite de información pública y evacuación de consultas. Según la jurisprudencia, la declaración de impacto ambiental es un acto de trámite que forma parte del procedimiento general de aprobación del procedimiento de ejecución, mediante la que normalmente se habrán de precisar las condiciones que han de exponerse para la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales. La declaración de impacto ambiental ha de ser previa a la resolución del órgano sustantivo, sin que su omisión pueda tener la consideración de defecto subsanable, apreciación en la que coinciden el TS y el TJ de la Unión Europea.

A la rehabilitación de los espacios afectados por labores mineras y la gestión de los residuos se consagra el capítulo tercero, centrado en el análisis del vigente RD 975/2009, de 12 de julio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras. Como pone de manifiesto el autor la aprobación de este Reglamento obedece a dos diferentes impulsos. Por un lado, la necesidad de trasponer la Directiva 2006/21/CE, de 15 de marzo, sobre gestión de residuos de industrias extractivas lo que supone la exclusión del régimen jurídico general establecido para los residuos por la Ley 22/2011 de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados en todo lo regulado por el RD 975/2009. Por otro lado, la conveniencia de unificar y mejorar la normativa de restauración de espacios afectados por actividades mineras, que fue siendo aprobada en nuestro país desde 1982 por mandato del art. 5.3 LMi. Es importante destacar el carácter básico del RD 975/2009, excepto su Anexo V.

El RD 975/2009, de 12 de junio, reformado posteriormente por el RD 777/2012, regula conjuntamente la rehabilitación de los espacios afectados por actividades extractivas y la gestión de residuos mineros, lo que constituye una novedad relevante. Será de aplicación supletoria la Ley 22/2011 de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. En cuanto a su ámbito de aplicación, de acuerdo con el art. 2.1 son dos los tipos de actividades las sometidas a la normativa de restauración de espacios y gestión de residuos: la investigación y el aprovechamiento de los yacimientos minerales y demás recurso geológicos. A sensu contrario, no son de aplicación a las actividades similares que eventualmente fuesen necesarias en relación con la extracción y aprovechamiento de hidrocarburos.

Desde el punto de vista material el Plan de restauración es un complejo documento que se estructura en cinco partes: tres de ellas se ocupan propiamente de la rehabilitación de los espacios afectados por la actividad, la cuarta se refiere al contenido del plan de gestión de residuos y la quinta la constituye el calendario de ejecución y el coste estimado de los trabajos de rehabilitación.

Por lo demás, el RD 975/2009 no regula un procedimiento, pues dicha regulación no es de competencia del Estado en la medida en que la aplicación de la normativa de minas corresponde en general de las Comunidades Autónomas.

El Capítulo cuarto analiza los controles administrativos de actividades sobre la extracción y aprovechamiento de los recursos minerales, tradicionalmente sometidos a la regulación de las actividades clasificadas, Reglamento 2414/1961, de 30 de diciembre, de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAMINP) y después a las normas que algunas CCAA dictaron con pretensión de sustituir a la normativa estatal. Ni siquiera la oportunidad que supuso la aprobación de la Ley 16/2002 de 1 de julio, de Prevención y Control integrados de la Contaminación fue aprovechada por el legislador estatal para regular en sus aspectos básicos también el mecanismo de control ambiental de aquellas actividades que, por su menor nivel de afectación al medio ambiente, no debían ser sometidas a la novedosa autorización ambiental integrada. Como a la derogación del RAMINP por Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del aire y de protección de la atmósfera, no le ha seguido la aprobación por Estado de una normativa básica que regule con ese carácter los controles administrativos ambientales de aquellas actividades no sometidas a autorización ambiental integrada, nos encontramos con una pluralidad de regímenes diferentes puestos en pie por buena parte de las CCAA sin una referencia precisa al común denominador normativo que cumple la legislación básica en el ordenamiento jurídico español. La consecuencia de esa pluralidad de regímenes jurídicos carente de una referencia común en la legislación del Estado, determina que haya que acudir exclusivamente a cada una de las legislaciones autonómicas para conocer qué actividades se hallan sujetas a los controles administrativos previos por razones ambientales que en ellas se regulan, más allá de las actividades sometidas a la autorización ambiental integrada.

La diversidad de soluciones autonómicas, no sólo afecta a la determinación de las actividades sometidas a la licencia ambiental o al control administrativo equivalente, entre ellos las mineras, sino incluso a la fijación de límites y las relaciones entre la licencia ambiental y los otros controles administrativos (señaladamente la evaluación del impacto ambiental, la AAI e, incluso, la comunicación) así como, a la fijación de las actividades inocuas a estos efectos, alcanzando a los aspectos procedimentales relativos a la diversos instrumentos de control semejantes que regu-

lan las distintas leyes autonómicas, la determinación de los órganos competentes para realizar la calificación de la actividad y resolver dichos procedimientos. Todo ello contribuye a dificultar el ejercicio de las actividades económicas de trascendencia ambiental por parte de los operadores económicos, entre ellas las mineras, cuya solución corresponde al Estado mediante aprobación de la oportuna legislación básica.

El último y quinto capítulo se dedica a la conflictiva relación entre minería y el urbanismo. Durante años, el planeamiento general ha sido bastante parco en determinaciones aplicables al suelo no urbanizable, clase de suelo llamado a acoger las actividades mineras. La exigencia de la licencia urbanística municipal ha chocado en otro tiempo con la frecuente oposición de los titulares de la explotación a solicitarlas. Pero los tribunales han venido consolidando la tendencia, aunque con algún desfallecimiento, favorable a la exigencia de licencia municipal, sobre todo de aquellas explotaciones que realicen movimientos de tierras en el exterior e, incluso, cuando se produzcan en el subsuelo, pero trasciendan al exterior. En todo caso, se viene considerando que la licencia urbanística es concurrente, de forma señalada con la intervención de la legislación sectorial de minas en el ejercicio de sus propias competencias.

Precisamente por el respaldo jurisprudencial que han recibido los controles municipales sobre las actividades extractivas, el propio TS se ha visto en la obligación de precisar los límites de las competencias municipales en la materia, llegando a negar que, más allá de la exigencia de la licencia urbanística (y de actividades clasificadas) el municipio no tiene competencia para regular la actividad extractiva, lo que constituye un claro reconocimiento de las competencias sectoriales o, lo que es igual, del carácter concurrente de las competencias municipales en la materia.

Con el debido respaldo en la legislación urbanística, la exigencia de la licencia municipal previa al inicio de la actividad minera, para el autor resulta ahora de interés cuestionar la oportunidad de mantener ese control e, incluso, otros relativos al uso del suelo no urbanizable en los términos en que hoy se aplican en aras de flexibilizar el acceso a la actividad, sin que ello deba suponer una merma del debido control sobre su adecuación a la legalidad urbanística, particularmente a las determinaciones del planeamiento en vigor. En esa dirección propone QUINTANA que *de lege ferenda*, debería pensarse en la conveniencia de incorporar ese control municipal al procedimiento de otorgamiento del título habilitante del ejercicio de la actividad minera mediante la emisión de un informe que en todo caso habría de ser preceptivo e, incluso, vinculante cuando se basara en las prescripciones de la legalidad urbanística, incluido el planeamiento, opción que encuentra cobertura en el art. 62 LBRL.

En la actualidad, en la medida en que las actividades mineras producen una considerable afectación del territorio, para determinar el régimen aplicable a las actividades extractivas y de beneficio de los recursos minerales hay que acudir al TRLS 2008 y sobre todo a la legislación aprobada por las CCAA en materia urbanística e, incluso, de ordenación del territorio. La calificación urbanística de los terrenos que integran el suelo no urbanizable mediante su delimitación por el planeamiento en todas o algunas de las categorías previstas por la legislación urbanística de las CCAA, en atención a las características concretas que hubieran sido previstas también por el propio legislador, ha de ir acompañada de la determinación legal de los usos que pueden ser realizados en cada una de las categorías de esa clase de suelo que hubieran sido objeto de delimitación por el planeamiento. En definitiva, la determinación de los usos de posible realización en las diferentes categorías de suelo no urbanizable que en algunos ordenamientos autonómicos se apoya en la distinción legal entre usos permitidos, usos sometidos a autorización y usos prohibidos.

La potestad del planeamiento es la llamada a determinar en qué terreno, dentro del suelo no urbanizable, podrá ser autorizada la realización de actividades mineras o, por el contrario, resultar prohibidas. Partiendo de que la ponderación de intereses inherentes a la función de planeamiento, ha de quedar reflejada en la memoria del correspondiente instrumento de ordenación sobre la base de la eventual planificación sectorial existente y de los informes y de la documentación técnica que su redactor haya tenido que manejar, como ordena la jurisprudencia, entre los cuales deben ser una referencia fundamental los mapas geológicos, geofísicos, etc. y cualesquiera otros que el desarrollo tecnológico requiera, que, como indica el art. 5.2 LMi ha de publicar la Administración sectorial, precisamente por su utilidad para la ordenación del territorio y el aprovechamiento racional del los recurso minerales del país. Con la delimitación general que supone para el titular de la potestad de planeamiento que resulta contrario a que pueda ser prohibida de forma general la realización de actividades mineras, sobre todo cuando esa prohibición afecta a las de mayor importancia económica, como tiene declarada la jurisprudencia constitucional y asume la jurisprudencia ordinaria. Todo ello sin perjuicio de que, como es evidente, si pese a haberse tenido en cuenta la información facilitada por la cartografía mineral y geológica, aparecen recursos minerales desconocidos y, más aun, en un volumen y con unas características que puedan determinar un aprovechamiento rentable, estaría justificada la alteración del contenido del plan. A todo ello, no obstante hay que añadir el posible control jurisprudencial derivado de la impugnación del resultado del ejercicio de la potestad de planeamiento, directamente o con motivo de la impugnación de la denegación de la autorización solicitada para realizar un uso minero en suelo no urbanizable.

En definitiva, el trabajo del profesor QUINTANA constituye un estudio exhaustivo, claro y actualizado de la concesión minera y del régimen jurídico de la protec-

ción ambiental de estas actividades extractivas. Todo ello la convierten en una obra de consulta obligada para emprender la necesaria reforma de nuestra legislación minera que auspicie la promulgación de una legislación básica que posibilite y fomente una actividad extractiva moderna, sostenible e innovadora y se erija en un motor de desarrollo económico, empleo e innovación en nuestro país.

Encarnación Montoya Martín
Catedrática de Derecho Administrativo

VV.AA., *El Derecho contra el Ruido*, (ALENZA GARCÍA, José Francisco, Dir.), Universidad Pública de Navarra, Civitas-THOMSOM REUTER, Cizur Menor, Navarra 2013, 495 págs, ISBN: 978-84-470-4169-5

ALENZA GARCIA, sólido administrativa y universitario de prestigio, sin duda uno de los mejores juristas especializados en Derecho ambiental, dirige esta obra colectiva que reúne a prestigiosos operadores jurídicos procedentes de distintos ámbitos –universidad, Administración, foro, judicatura– que recorre los problemas más importantes del Derecho contra el ruido. ALENZA GARCIA, actual Decano de la Facultad de Derecho de Universidad Pública de Navarra, es un universitario de los pies a la cabeza y expresa ese compromiso con lo que nadie sabe hacer mejor que él: el trabajo honesto y tenaz. Es fácil percibir en esta obra que el Prof. ALENZA comienza a entrar en una fase distinta de su vida académica de auténtico liderazgo en la que vendrán discípulos, obras colectivas y múltiples fructíferas empresas.

El Derecho contra el Ruido se estructura en tres partes *PRIMERA PARTE, INTRODUCCIÓN; SEGUNDA PARTE LA LEY DEL RUIDO: CALIDAD, PREVENCIÓN Y CORRECCIÓN DEL RUIDO AMBIENTAL* y *TERCERA PARTE LA TUTELA JURÍDICA ANTE EL RUIDO*. Estas tres partes se estructuran a su vez en diez Capítulos: Capítulo I Las estrategias jurídicas contra el ruido; Capítulo II La calidad acústica en la ley del ruido; Capítulo III La prevención y corrección del ruido ambiental; Capítulo IV El régimen sancionador administrativo en la legislación acústica; Capítulo V La tutela constitucional y europea ante el ruido (a propósito de la STC 150/2011, de 29 de septiembre); Capítulo VI Las acciones civiles contra el ruido y sus efectos; Capítulo VII La prevención jurídico civil de las inmisiones acústicas nocivas: derecho común y foral; Capítulo VIII La tutela penal del ruido; Capítulo IX La tutela de los trabajadores ante el ruido laboral y, por último, el Capítulo X La responsabilidad por ruido en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los dos primeros Capítulos del libro *El Derecho contra el Ruido* son obra de ALENZA GARCIA. Estudia ALENZA GARCIA en el Capítulo I *Las estrategias jurídicas con-*

tra el ruido los sonidos, contaminación acústica y el ruido como percepción subjetiva del sonido (como el sonido indeseado se convierte en ruido). De particular interés nos parece la clasificación del ruido que realiza ; a) Por su origen: ruidos de la naturaleza y ruidos generados por las actividades humanas b). Por el lugar de emisión y el lugar de recepción; c). Por el momento de producción; d). Por su duración o frecuencia ; y e). Por sus efectos. Del mismo modo nos parece sencillamente brillante su estudio del ruido como forma de contaminación, como objeto del Derecho y como concepto jurídico. Las especiales características de esta forma singular de contaminación. Describe ALENZA GARCIA en este capítulo introductorio la evolución de la estrategia jurídica contra el ruido (Primera fase: relaciones de vecindad y actividades clasificadas; Segunda fase: control de los agentes ruidosos y Tercera fase: la gestión del ruido ambiental) y la variedad y heterogeneidad de la normativa. Estudia así la Ley del ruido como norma cabecera del grupo normativo de la contaminación acústica preguntándose si es algo mas que una norma cabecera y de transposición concluyendo que la ley se ha limitado a codificar el acervo autonómico y local en materia de ruido siendo por ello mas continuista que innovadora. En el CAPÍTULO II *La calidad acústica en la ley del ruido*, ALENZA GARCÍA desarrolla el verdadero núcleo duro de Derecho contra el ruido. Estudia la calidad acústica como objetivo y eje de la nueva estrategia contra el ruido (Definición de calidad acústica y conceptos implicados en ella) y sobre todo los instrumentos jurídicos para la calidad acústica (zonificación y delimitación de áreas acústicas y de servidumbres acústicas) profundizando en el concepto y clases de áreas acústicas; la delimitación de las áreas acústicas, servidumbres acústicas (concepto, fundamento y eficacia, delimitación de zonas de servidumbre acústica); las reservas de sonidos de la naturaleza y la definición de los objetivos de calidad acústica para cada área (criterios legales para la fijación de los objetivos de calidad acústica, objetivos de calidad acústica fijados en el RZO, excepciones al cumplimiento de los objetivos de calidad acústica -la suspensión temporal de los objetivos y las situaciones especiales-. Completa este prolijo Capítulo el estudio de los índices acústicos y emisores acústicos, métodos de evaluación acústica, valores límite de emisión y de inmisión y los emisores acústicos y sus valores límites de emisión (vehículos de motor y ciclomotores, embarcaciones de recreo y motos náuticas, aeronaves, máquinas de uso al aire libre, etc., y, por último, los Mapas del ruido (finalidades, contenido y naturaleza, tipos de mapas de ruido por su objeto, competencias y procedimiento de aprobación y revisión). Destacamos la importante conclusión a la que llega ALENZA GARCIA: el establecimiento de franjas horarias en relación con los índices acústicos es una competencia de las Comunidades Autónomas.

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, destacado ambientalista, es autor del Capítulo III *La prevención y corrección del ruido ambiental*. En este capítulo se abordan los instrumentos de prevención de la contaminación acústica (el planeamiento urba-

nístico y territorial; la intervención preventiva administrativa sobre los emisores acústicos - el sometimiento a licencia o autorización, autorización ambiental integrada, Declaración de Impacto Ambiental, Licencia de Actividad Clasificada, Licencia de Apertura, cláusula de progreso- e Intervención correctora -inspección administrativa y el autocontrol de las emisiones acústicas por parte de los titulares de las instalaciones consideradas como focos de emisión-. Se estudia especialmente la figura de los planes de acción en tanto que instrumento preventivo y correctivo y la corrección de la contaminación acústica mediante la declaración de zonas como contaminadas acústicamente. Concluye que, junto al elenco de medidas expuestas, es esencial el papel de la educación y ve en las múltiples condenas penales que se están produciendo un signo alarmante de la pasividad municipal que obliga a acudir a los perjudicados a la vía penal.

El Capítulo IV El régimen sancionador administrativo en la legislación acústica de VILLANUEVA LATORRE analiza las clases de infracciones describiendo un panorama en tres niveles (Estado, CCAA –que en su opinión no han sido muy imaginativas-, Administración Local) en el que aprecia una excesiva reiteración. VILLANUEVA LATORRE estudia las distintas formas en que los legisladores autonómicos han abordado la tipificación de infracciones y sistematiza entre Comunidades en las que no existen infracciones distintas a las tipificadas en la Lru. En el ámbito de las sanciones: analiza este triple nivel que va a implicar algunos desplazamientos en la aplicación de aquellas normas y considera que las prolijas Ordenanzas en materia de sanciones se han extralimitado en sus competencias, con vulneración, en su opinión, del principio de legalidad sancionadora enunciando conductas muy genéricas afectantes a la contaminación acústica en la vía pública y las relaciones vecinales dejando un amplio margen de discrecionalidad a la Administración Local en su calificación.

El Capítulo V *La tutela constitucional y europea ante el ruido(a propósito de la STC 150/2011, de 29 de septiembre)* ha sido realizado Catalina RUIZ-RICO RUIZ y constituye un notable comentario a la STC 150/2011, de 29 de septiembre.

El Capítulo VI Las acciones civiles contra el ruido y sus efectos es obra de FERNÁNDEZ URZAINQUI que estudia la contribución del Derecho Civil a la lucha contra el ruido (Acciones civiles de prevención de inmisiones acústicas, Acciones civiles de cesación y abstención de inmisiones acústicas y las Acciones resarcitorias de daños por inmisiones acústicas- Completa esta visión el Capítulo VII La prevención jurídico civil de las inmisiones acústicas nocivas: derecho común y foral de LUQUIN BERGARECHE que estudia el importante tema de los criterios de antijuridicidad de la inmisión acústica vecinal, los mecanismos civiles de prevención y reparación de los daños y molestias causadas por inmisiones acústicas y sobre todo la tutela civil preventiva del

ruido en los ordenamientos forales (NAVARRA, ARAGÓN, CATALUÑA).

JERICÓ OJER es la autora del Capítulo VIII La tutela penal del ruido don analiza la contaminación acústica como delito contra el medio ambiente en la que estudia de modo especial los elementos esenciales: acción típica (La provocación o realización directa o indirecta de ruidos y vibraciones), la infracción de normativa extrapenal (la necesaria utilización de la ley penal en blanco) y la aptitud para perjudicar el equilibrio de los sistemas naturales (y la salud de las personas) y la delimitación del peligro para el equilibrio de los sistemas naturales y salud de las personas desde una perspectiva eco-céntrica moderada. De modo particular resalta la importancia de la reforma LO 5/2010, de 21 de junio, en materia de contaminación acústica.

Beatriz RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO escribe el Capítulo IX La tutela de los trabajadores ante el ruido laboral en el denuncia la falta de un enfoque integral en su prevención. En el capítulo se examina de modo especial la obligación empresarial de prevención de los riesgos derivados de la exposición al ruido y las medidas organizativas para la reducción del ruido. Son de particular interés el examen de la necesidad de tener en cuenta a los trabajadores especialmente sensibles a la exposición al ruido: el caso de las trabajadoras embarazada; la utilización de equipos de protección individual para paliar los riesgos derivados de la exposición al ruido y la consideración de la hipoacusia como enfermedad profesional.

Por último, en el Capítulo X La responsabilidad por ruido en la jurisdicción contencioso-administrativa, escrito por PUEYO CALLEJA, Magistrado del TSJ de Navarra se estudian algunas cuestiones procesales que presenta esta tutela, en relación, por ejemplo, con las medidas cautelares y la prueba, así como los problemas que se pueden plantear en la ejecución de las sentencias condenatorias.

La obra recensionada estudia, como hemos comprobado, las grandes temáticas del ruido: los dispositivos jurídicos establecidos en la Ley 37/2003, del Ruido en relación con la calidad acústica, la prevención y corrección del ruido ambiental y el régimen sancionador; las diferentes formas de protección jurídica ante el ruido: la tutela constitucional, la civil, la penal y la laboral. Finalmente, y el ruido en la jurisdicción contencioso-administrativa, con especial atención a la responsabilidad patrimonial de la Administración. En este sentido, nos hallamos ante una obra de gran utilidad que, a nuestro juicio, se añade a la colección de las mejores monografías en Derecho ambiental del panorama nacional, por tanto necesaria en la biblioteca de quien se dedique al cultivo de esta apasionante disciplina.

Jesús JORDANO FRAGA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

Concepción CAMPILLO ALHAMA, *Comunicación Pública y Gestión Estratégica Municipal. Un estudio exploratorio sobre la agenda temática*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Colección Premios Blas Infante, 2011, 411 pp.

Existen escasos trabajos doctrinales que se hayan ocupado de la comunicación de proximidad que desarrollan los Ayuntamientos cuando se dirigen a la ciudadanía para transmitir mensajes de distinta índole sobre su gestión. Por ello, resulta especialmente bienvenido el presente libro de la profesora CAMPILLO ALHAMA, galardonado además con el prestigioso *Premio Blas Infante de Estudio e Investigación en Administración y Gestión Pública*, concedido por el Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP) en su XIV edición y en su modalidad B, referida a “trabajos de estudio e investigación sobre Administración Pública, relativos a su organización, funciones, modernización de las técnicas de gestión del servicio público y aplicación de nuevas tecnologías”.

En efecto, la Administración municipal es una realidad social, política y organizativa que puede ser abordada desde perspectivas tan diversas como la jurídica, la económica, la sociológica, la politológica o, como ocurre en este caso, la comunicacional. En este sentido, y desde una perspectiva multidisciplinar basada en el Derecho Administrativo, la Teoría de la Organización y las Ciencias de la Comunicación, la presente monografía se aproxima a la Administración municipal analizando uno de sus fenómenos más complejos: la comunicación pública de proximidad desarrollada por los Ayuntamientos.

Un enfoque de estas características resulta no solo un notable acierto sino, probablemente, un presupuesto metodológico inevitable. Como se destaca ya en las páginas del prólogo, escrito por Antonio NIETO RIVERA, Secretario General de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP), existen vínculos muy profundos y estrechos entre la actividad comunicacional de los poderes públicos y su propia posición jurídico-constitucional. En efecto, junto a la legitimación democrática de las Administraciones locales o “legitimación de origen”, resultado de su elección directa por parte de los ciudadanos, es posible encontrar (e incluso exigir) una “legitimación de ejercicio”, basada en la correcta gestión de los asuntos públicos por parte de estas Administraciones. La forma de hacer visible esta segunda forma de legitimación descansa, en buena medida, en la transparencia y cuenta, como vehículo natural, con la comunicación. En este sentido, la comunicación municipal constituye una poderosa herramienta en manos de los equipos de gobierno municipales que debe contemplarse, desde una perspectiva jurídico-institucional, como el instrumento más adecuado para explicar, justificar y, en consecuencia, legitimar las decisiones políticas asumidas en cada mandato electoral.

De ahí el especial valor del presente libro, centrado en buena medida en el análisis de este último elemento, “por cuanto viene a llenar un vacío que contribuirá, sin duda, a paliar la carencia de políticas públicas -no solo locales- de comunicación efectivas”. Aún más, la aportación que realiza esta investigación a la gestión comunicativa y relacional de las instituciones locales resulta singularmente valiosa al realizarse desde la premisa fundamental de que la ciudadanía constituye el epicentro de la acción de las Administraciones locales y, en consecuencia, de que debe estar informada de todas aquellas actuaciones e iniciativas administrativas que pueden incidir en su condición de administrados.

Desde un punto de vista temático, nos encontramos ante un minucioso estudio exploratorio que responde a tres cuestiones conceptuales: la primera de ellas se refiere a la evolución de la función pública en la Administración municipal durante toda la etapa democrática, lo que se ha traducido en diferentes modelos de estructuras organizativas administrativas; la segunda se ocupa de cómo tales estructuras administrativas condicionan de manera significativa la gestión de los procesos de comunicación municipal; la tercera, se enfrenta directamente con el concepto multiforme de comunicación pública.

Desde el punto de vista de la estructura interna del estudio, el libro se articula en ocho capítulos. En el primero de ellos, que hace las veces de capítulo introductorio, se explicitan la estructura básica de la obra y los objetivos de la investigación que en ella se llevan a cabo. Ya en el segundo capítulo la autora introduce diferentes conceptos fundamentales para la correcta delimitación de la comunicación municipal como objeto de estudio. Para ello, se analiza el municipio como unidad básica de la organización territorial del Estado, a partir de sus elementos constitutivos y su definición, así como la situación actual de la institución municipal en España, atendiendo a su evolución y su distribución demográfica.

Tras ello, se incide en el tercer capítulo en la instauración de los Ayuntamientos democráticos como organizaciones jurídico-públicas, realizando un recorrido por las distintas etapas históricas vinculadas a una determinada forma de entender la función pública y, en consecuencia, a los diferentes modelos de gestión administrativa. De este modo, un diagnóstico descriptivo a partir de las variables conflictivas que se identifican en la gestión municipal permite a la autora establecer una prospección, apuntando las tendencias más significativas que se van a manifestar en dicho contexto: la existencia de un rol considerado político de los responsables municipales frente a su actividad propiamente de gestión administrativa, la inadecuación de las estructuras organizativas, la centralización y descentralización de los servicios locales, la demanda de espacios de participación ciudadana no asociativa, la falta de concreción de un marco competencial claro o la precariedad de las haciendas municipales.

En el cuarto capítulo, y bajo el título “El enfoque contemporáneo de la Teoría de la Organización en la administración municipal”, se realiza una aproximación a los Ayuntamientos como organizaciones político-administrativas desde la perspectiva que nos ofrece la Teoría de la Organización. Un recorrido por los diferentes enfoques que han sustentado esta Teoría en el ámbito específico de la administración municipal permite a la autora identificar la naturaleza de las organizaciones públicas, analizando las corrientes neopresariales y neopúblicas que están presentes en la orientación contemporánea de la Administración municipal. Las diversas estructuras administrativas quedan reflejadas en diferentes modelos clásico-burocráticos y gerenciales, para finalizar dicho capítulo con el proceso de transformación organizativa que representa en la actualidad la llamada Administración relacional neopública.

En el capítulo quinto, titulado “Comunicación y Administración”, se analiza la comunicación pública de proximidad. Para ello, y tras un recorrido por las aportaciones realizadas desde el ámbito académico, la profesora CAMPILLO ALHAMA delimita conceptualmente, en el ámbito municipal, este proceso de comunicación que surge como interacción administrativa con la ciudadanía. Concluye así que las tres vertientes fundamentales en las que se articula este fenómeno denominado comunicación pública son la publicidad institucional, las relaciones informativas y las relaciones institucionales, pasando a analizar la situación de cada una de ellas. En primer lugar, expone la insuficiencia y ambigüedad legal relativas a la publicidad institucional, con referencia expresa a la normativa propia de las Comunidades Autónomas y a la legislación estatal reguladora de comunicación y publicidad institucional. En segundo lugar, expone los procesos necesarios para gestionar de forma profesionalizada las relaciones con los medios de comunicación social y propiciar, en consecuencia, un estado de opinión favorable a los objetivos y estrategias a medio y largo plazo de las organizaciones municipales. En tercer lugar, y finalmente, aborda las relaciones institucionales atendiendo a tres perspectivas autónomas pero convergentes: la atención al ciudadano, la participación ciudadana como epicentro del sistema administrativo relacional y los acontecimientos institucionales como interacción comunicativa-relacional de las organizaciones públicas.

Bajo este mismo epígrafe no sólo se analizan las características de los procesos comunicativos y relacionales desarrollados por los Ayuntamientos, sino también las funciones principales desarrolladas por sus estructuras comunicativas. Este ejercicio conduce a la revisión de los diferentes modelos teóricos de comunicación municipal, preconizados por autores como PÉREZ GONZÁLEZ (1988), PUIG (2003) o RUBIO (2005) para proponer, como aportación propia e innovadora de la autora, un nuevo modelo de gestión comunicativo-relacional integral, ajustado con absoluta rigurosidad a los parámetros previamente identificados en este capítulo.

En el sexto capítulo se presenta una investigación exploratoria sobre los asuntos principales de la agenda temática en el municipio de Elche durante los mandatos electorales 1995-1999, 1999-2003 y 2003-2007. Para desarrollarla, la autora aplica como metodología el análisis de contenido en 2.804 noticias y 1.090 hechos municipales (bajo el formato de otros géneros periodísticos), en la edición local del *Diario Información*. De este modo, se identifican cuáles son los temas o asuntos que adquieren una mayor representatividad en la agenda temática del Ayuntamiento de Elche durante los tres periodos legislativos y se analiza su tratamiento, entre otros aspectos asociados.

Se trata, probablemente, del capítulo con mayor valor añadido de la obra, pues en él la autora hace valer no solo su formación como profesora del Departamento de Comunicación y Psicología Social de la Universidad de Alicante, sino también su amplia trayectoria profesional en organizaciones privadas e instituciones públicas, en las que ha asumido la dirección estratégica de la comunicación corporativa e institucional y, muy en concreto, su dilatada experiencia en el Ayuntamiento de Elche hasta el año 1999. Como resultado, y yendo más allá de una mera tarea descriptiva, logra, a través de una herramienta metodológica de diseño propio, la sistematización y hermenéutica de la información recopilada. La minuciosidad de los datos obtenidos mediante dicha herramienta sobre la cobertura informativa de los temas municipales resulta, sencillamente, asombrosa.

Entre los resultados más destacables, se desprende que temas o asuntos como “Urbanismo”, “Seguridad ciudadana” y “Relaciones externas” aparecen con una presencia mediática relevante y son coincidentes de una legislatura a otra. Así mismo, también se constata la misma coincidencia en el tratamiento negativo de temas como “Recursos humanos”, “Organización y calidad”, “Clase Política” y “Gestión de las Pedanías como estructura territorial descentralizada”. Por otra parte, se observa que la mayoría de los temas de información municipal se manifiestan de forma irregular, en cuanto que su presencia en el medio se produce con distinta intensidad en cada mandato electoral. Otro de los resultados más relevantes del estudio es que la labor de oposición no se desarrolla con especial incidencia en todos los temas recurrentes, desatendiéndose temas principales que cobran especial visibilidad en cada periodo.

Tras este análisis pormenorizado de los temas y su tratamiento, la autora constata que existe cierta asociación entre la naturaleza de la información que se presenta en el medio y la jerarquía del declarante individual, que la distribución de los subtemas se presenta de manera homogénea y que la mayor o menor proliferación de elementos estructurales con los que se presenta la información municipal está relacionada con el tema de gestión. De mismo modo, la autora entra a analizar la irrupción

(fortuita, previsible y programada) y la proximidad (inmediata o mediata) de las noticias municipales, para concluir que ambas variables están relacionadas con el tratamiento de los hechos informativos.

En los capítulos séptimo y octavo, se presentan varias conclusiones y reflexiones finales que merece la pena retener. Entre ellas, que sistematizar los procesos de comunicación pública y diseñar las estructuras pertinentes para ello debería ser una prioridad en el contexto de las organizaciones municipales, ya que de ello depende que los responsables políticos y administrativos rentabilicen su gestión y “la hagan valer” de cara a los próximos comicios electorales.

Por otra parte, y aunque existen elementos de referencia comunes, el modelo de comunicación pública que puede ser implementado en un municipio únicamente será eficaz en otro municipio cuando este reúna ciertas características semejantes al primero. Y, en cualquier caso, dada la especificidad de cada ente territorial, manifestada a partir de sus características naturales y demográficas, el sentido identitario y de pertenencia de su comunidad local, la vinculación e implicación de esta con la Institución municipal, la estructura de los medios de comunicación locales y diversos condicionantes contextuales, parece obvio que cualquier propuesta debería ser adaptada a las necesidades y los objetivos (estructurales y coyunturales) de cada Ayuntamiento.

La necesidad de que las instituciones municipales tomen conciencia de la trascendencia que pueden llegar a alcanzar determinados mensajes orientados a la ciudadanía, a través de los medios de comunicación social, representa una cuestión vital. Un seguimiento pertinente y constante del tratamiento y contextualización de los temas municipales, por parte de sus estructuras comunicativas, permitiría confirmar la idoneidad de los discursos públicos desarrollados por los miembros del equipo de gobierno municipal, la ausencia de contradicción en los mismos, así como pulsar la actuación de las fuerzas opositoras en determinados ámbitos.

Otra de las conclusiones fundamentales que arroja el trabajo es que las estructuras comunicativas, diseñadas a tal efecto, deben depender orgánica y funcionalmente del área de Alcaldía, ya que es la que asume las competencias directas en el diseño y la planificación estratégica de la política del ente territorial. Estas estructuras o subsistemas comunicativos asumen la responsabilidad básica de articular mecanismos eficientes de gestión y evaluación de las estrategias comunicativas municipales, de manera que los responsables políticos puedan tomar las oportunas decisiones, modificar o anular determinadas políticas públicas o bien explicarlas convenientemente a la ciudadanía.

A esto hay que añadir el hecho de que a través de las encuestas de opinión es posible conocer la percepción positiva o negativa de los ciudadanos respecto a diferentes temas relacionados con la gestión municipal y comparar los resultados obtenidos con la agenda mediática local. Estas encuestas se erigen, en consecuencia, en un poderoso instrumento de conocimiento y comprensión de los intereses, necesidades y expectativas de la comunidad local.

Por último, en el capítulo noveno, se esbozan diferentes líneas de investigación que vendrían a complementar la propuesta que se realiza en esta monografía, recurso que utiliza la autora para proponer temas fundamentales que podrían ser abordados dentro del marco contextual diseñado para analizar su objeto de estudio.

Consideramos que la aportación fundamental de este trabajo es el diseño de una herramienta metodológica que se puede implementar en cualquier contexto municipal para evaluar el tratamiento informativo de los medios de comunicación social a la gestión político-administrativa del equipo de gobierno local. Asimismo, a la aplicabilidad de los resultados arrojados por esta investigación en la práctica administrativa, se suma su rigor metodológico y su gran claridad expositiva. Por todo ello, este libro no solo constituye una referencia obligada para los investigadores que deseen desarrollar, en el futuro, estudios similares, sino también para las estructuras comunicativas de los Ayuntamientos, que podrán nutrirse de las relevantes aportaciones que se realizan en esta obra, e incorporar mecanismos de control para medir la eficacia de su actividad administrativa.

Antonio BUENO ARMIJO
Prof. contratado Doctor
Universidad de Córdoba

BILIOGRAFÍA

Bibliografía sobre derecho autonómico

Mayo – Agosto 2013

- AA.VV.: *Las comunidades autónomas y la Unión Europea* (Dir. Santiago Muñoz Machado), Ed. Academia Europea de Ciencias y Artes, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-616-4486-5.
- AA.VV.: *El sistema sanitario público en España y sus comunidades autónomas. Sostenibilidad y reformas* (Dir. José María Abellan Perpiñan), Ed. Fundación BBVA, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-9293-745-5.
- AA.VV.: *Derecho local de Canarias* (Dir. Francisco José Villar Rojas y José Suay Rincón), Ed. Iustel, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-9890-232-7.
- AA.VV.: *Derecho y Salud. Estudios de Bioderecho. Comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia* (Dir. José Ramón Salcedo Hernández), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-9033-553-6.
- AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana* (Dir. Vicente Garrido Mayol), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-9033-698-4.
- AA.VV.: *Costas y urbanismo. El litoral tras la ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas* (Dir. Juan Francisco Pérez Gálvez), Ed. La Ley–El Consultor, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-7052-660-2.
- AGUDO ZAMORA, M.: *La protección multinivel del Estado Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-9004-950-1.
- AZNAR VALLEJO, M.; NAVARRO MÉNDEZ, J.I.: *Cuestiones de Derecho Parlamentario Canario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. ISBN: 978-84-9033-682-3.
- BILAND, E.: *La fonction publique territoriale*, Editions La Découverte, Paris, 2013. ISBN: 978-27-0716-571-8.

LAGO MONTERO, J.M.: *La reordenación de la Hacienda Local en la segunda descentralización. P.I.C.A.S. y pacto local en Castilla-León*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013. ISBN: 978-84-9014-520-3.

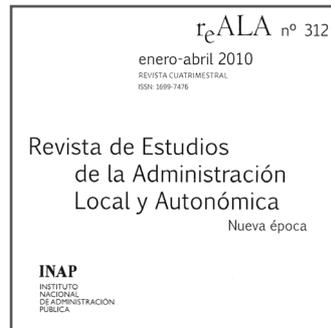
MEIX CERECEDA, P.: *Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales. Un estudio comparado entre España y Alemania*, Ed. INAP, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-7088-935-9.

NAVARRO VERA, J.R.; ORTUÑO PADILLA, A.: *Golf y territorio. Estudio sobre el impacto de los campos de golf y actuaciones urbanísticas asociadas en la Comunidad Valenciana y la Región de Murcia*, Ed. Garceta, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-1545-249-2.

RAMALLO MIÑAN, E. P.: *Manual básico del Derecho turístico*, Ed. Tecnos, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-309-5854-2.

ZAMORANO WISNES, J.: *La ordenación del litoral. Una propuesta de gestión integrada*, Ed. La Ley, Madrid, 2013. ISBN: 978-84-9020-191-6.

Javier E. Quesada Lumbreras
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Granada



Sumario

I. ESTUDIOS	La autonomía local en Alemania a los dos siglos de su nacimiento Local self-government in Germany two centuries after its birth: legal and institutional position <i>Ricard Gracia Retortillo</i>	9
	Descentralización, autonomía y entidades de ámbito territorial inferior al municipal Decentralization, autonomy and smaller local government entities <i>José Luis Blasco Díaz</i>	47
	Evolución del sistema institucional como parámetro de autogobierno. En particular el entramado organizativo de Castilla y León Evolution of the institutional system as a selfgovernment parameter. In particular, the organizational framework in Castilla and Leon <i>Luis Ángel Ballesteros Moffa</i>	81
	La articulación jurídica del fenómeno metropolitano en Andalucía The legal status of the metropolitan areas in Andalusia <i>Francisco Toscano Gil</i>	103
	La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de agricultura Power-sharing between the State and Spanish autonomous regions on the subject of Agriculture <i>Manuel Rodríguez Portugués</i>	127
II. CASOS Y DOCUMENTOS	La participación ciudadana en el ámbito local: experiencias The civil participation in the local area: experiences <i>Sergio Castel Gayán</i>	181

III. RECENSIONES	<i>Varios autores</i>	
	Anuario aragonés del Gobierno Local 2009. Institución “Fernando el Católico” (organismo autónomo Diputación de Zaragoza), Zaragoza, 2010. (Recensión: Carlos Navarro del Cacho)	209
	<i>Hank V. Savitch y Paul Kantor</i> Las ciudades en el mercado internacional. La economía política del desarrollo urbano en Norteamérica y Europa Occidental, Ayuntamiento de Madrid y Editorial Bayer Hermanos, S.A., Barcelona 2010, 719 págs. (Recensión: Carmen Pineda Nebot)	212
	<i>Xavier Boltaina Bosch</i> La negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Editorial Bayer Hnos. S.A., Barcelona 2010, 179 págs. (Recensión: Carmen Pineda Nebot)	217
	<i>Pedro Asensio Romero</i> Marketing municipal. Editorial Díaz de Santos, 2008, 200 págs. (Recensión: Ignacio Martín Granados)	221
	<i>A. Embid Irujo</i> La potestad reglamentaria de las Entidades Locales, Iustel, Madrid, 2010, 199 págs. (Recensión: Patricia Vacárcel Fernández)	225

IV. AUTORES	231
-------------	-----

V. SUMARIOS DE OTRAS REVISTAS	235
-------------------------------	-----

I A A P