

Revista Jurídica

Castilla-La Mancha

ESTUDIOS

EL PRECARIO FORESTAL EN LOS MONTES CATALOGADOS: VIEJAS SOLUCIONES ROMANISTAS.

Alfonso Luis Blanco Higuera

LA LEY 4/2013 DE PATRIMONIO CULTURAL DE CASTILLA-LA MANCHA: UN NUEVO MARCO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DE LA AQUEOLOGÍA PROFESIONAL.

Luis Benítez de Lugo Enrich

EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA REGULADORA COMPARADA DE LAS ANTENAS DE TELEFONÍA MÓVIL EN ESPAÑA.

Alberto Pensado Seijas

LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS.

Álvaro Sedano Lorenzo

EL INFORME SECTORIAL SOBRE ACCESIBILIDAD: UNA APROXIMACIÓN DE SU EFICACIA DESDE SU APARICIÓN EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE CASTILLA-LA MANCHA.

José Carlos Valero Irala y Francisco Ibáñez Pérez

DICTÁMENES

DICTAMEN SOBRE RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS DERIVADOS DE LA ANULACIÓN JUDICIAL DEL PAU DEL SECTOR S-4

DICTAMEN SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DE CASTILLA-LA MANCHA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA.

Prado Montoya López. Esther Sánchez López. José Alberto Sanz Díaz-Palacios.

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA.

Calixto Díaz-Regaón García-Alcalá. Ángel Cuesta García de Leonardo

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA.

M^a Pilar Molero

NOTAS DE ACTUALIDAD

XV EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO. Toledo, 2015

56
DICIEMBRE
2014



Castilla-La Mancha
EL GRECO 2014



Castilla-La Mancha

ELGRECO2014





REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Nº 56 - diciembre - 2014

PRESIDENCIA DE HONOR

Leandro Esteban Villamor

Excmo. Sr. Consejero de
Presidencia y Administraciones
Públicas

Miguel Ángel Collado Yurrita

Excmo. Mágfco. Sr. Rector de
la Universidad de Castilla-La
Mancha

CONSEJO DE DIRECCION

Emilio Sanz Sánchez

Presidente del Consejo Consultivo
de Castilla-La Mancha

Manuel Antonio Mirón Ortega

Letrado Mayor de las Cortes de
Castilla-La Mancha

Mar España Martí

Viceconsejera de Presidencia y
Administraciones Públicas

Carlos Corroto Gómez

Secretario General de Presidencia
y Administraciones Públicas

Alicia Segovia Marco

Directora del Gabinete Jurídico

Francisco Javier Díaz Revorio

Consejero del Consejo Consultivo
de Castilla-La Mancha

Agustín Díez Moreno

Director del Servicio Provincial de
Muface en Toledo.

M^a Victoria Martín Méndez

Jefa de Servicio del DOCM de
la Consejería de Presidencia y
Administraciones Públicas

Pedro José Carrasco Parrilla

Profesor Titular de Derecho
Financiero y Tributario en la
Universidad de Castilla-La
Mancha

Ángel Francisco Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad de Castilla-La
Mancha

Eduardo Espín Templado

Catedrático de Derecho
Constitucional en la Universidad
de Castilla-La Mancha

Nicolás García Rivas

Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Castilla-La
Mancha

Luis Ortega Alvarez

Catedrático de Derecho
Administrativo en la Universidad
de Castilla-La Mancha

Luis Prieto Sanchís

Catedrático de Filosofía del
Derecho en la Universidad de
Castilla-La Mancha

Fernando Acedo-Rico Henning
Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad de
Castilla-La Mancha

Juan Claudio Jarillo
Director del Servicio de Estudios
Registrales de Castilla-La Mancha

CONSEJO ASESOR

**Vicente Manuel Rouco
Rodríguez**
Presidente del Tribunal Superior
de Justicia de Castilla-La Mancha

Eduardo Salinas Verdeguer
Presidente de la Audiencia
Provincial de Albacete

María Jesús Alarcón Barcos
Presidenta de la Audiencia
Provincial de Ciudad Real

**José Eduardo Martínez
Mediavilla**
Presidente de la Audiencia
Provincial de Cuenca

Isabel Serrano Frías
Presidenta de la Audiencia
Provincial de Guadalajara

**Manuel Gutiérrez Sánchez-
Caro**
Presidente de la Audiencia
Provincial de Toledo

DIRECTOR

Eduardo Demetrio Crespo
Catedrático de Derecho Penal
en la Universidad de Castilla-La
Mancha

SECRETARIO

Luis María Romero Flor
Profesor Ayudante Doctor de
Derecho Financiero y Tributario
en la Universidad de Castilla-La
Mancha

NORMAS DE PUBLICACIÓN

La *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, editada conjuntamente por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Universidad de Castilla-La Mancha y Registradores de Castilla-La Mancha; y dirigida por D. Ángel Carrasco Perera, es una publicación especializada y multidisciplinar, de periodicidad semestral, que ofrece una información jurídica actual y rigurosa sistematizada en los siguientes bloques: Estudios; Reseña Normativa de Castilla-La Mancha, Dictámenes, Comentarios de Jurisprudencia, Comentarios y Notas de Actualidad. Su finalidad es hacer compatible el estudio y la crítica razonados, pues una producción de normas y sentencias cada vez más intensa y agobiante requiere una respuesta rápida y justificada desde una perspectiva científica.

La *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* está indexada y presente en los principales catálogos y bases de datos nacionales e internacionales: DICE (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas Españolas de Humanidades Ciencias Sociales y Jurídicas, CSIC-ANECA); IN-RECJ (Índice de impacto de Revistas Españolas de Ciencias Jurídicas); LATINDEX (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal); DIALNET (Servicio de Alertas Informativas y de acceso a los contenidos de la literatura científica hispana); y REBIUN (Red de Bibliotecas Universitarias); entre otras.

Los trabajos enviados a la revista para la sección de Estudios deberán ser originales e inéditos y no estar presentados para su publicación en ningún otro medio.

Dichos trabajos podrán remitirse por correo electrónico a la dirección docm-internet@jccm.es o bien a Luis María Romero, secretario de la revista, a la dirección de correo revista.rjclm@uclm.es. Los originales podrán también enviarse en soporte informático, acompañado de copia en papel.

Los trabajos, que deberán estar redactados en lengua española, se presentarán en formato Word y su extensión máxima recomendada será de 40 folios, con interlineado sencillo y fuente *Times New Roman*, tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie.

En cada trabajo deberá aparecer, en primer término, el título del mismo y, a continuación, el autor, con sus datos profesionales. Asimismo, deberá incorporarse un sumario que recoja los diversos apartados en que se divide el trabajo. Todos los originales que se envíen para su publicación habrán de ir acompañados de un resumen (de 100 a 150 palabras) y

entre cuatro y ocho palabras clave, con su correspondiente traducción al inglés.

La bibliografía del estudio, se insertará al final del artículo, y se citará de la siguiente manera:

Monografía: APELLIDOS, NOMBRE AUTOR (AUTORES): *Título de la obra*, Editorial, Lugar, Año, páginas.

Artículo o capítulo de libro: APELLIDOS, NOMBRE AUTOR (AUTORES): “Nombre del Artículo concreto o capítulo de libro”, *Nombre de la revista o publicación*, Editorial, Lugar (en su caso), Número, Año, páginas.

El Consejo de Dirección de la *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* examinará todos los artículos relacionados con el mencionado objeto de estudio que le sean remitidos. Una vez recibidos los trabajos, el secretario de la revista acusará recibo de los mismos a los autores. Tras ello, cada trabajo será sometido al criterio de evaluadores externos anónimos (*doble referee*), actuando como criterios de selección, en especial, la originalidad de las aportaciones, el nivel científico y el rigor. Los trabajos podrán ser aceptados, sujetos a revisiones menores o mayores, o rechazados. La decisión que se adopte será comunicada a los autores, indicando las razones para la aceptación, revisión o rechazo del original.

VENTA DIRECTA DE EJEMPLARES

MARCIAL PONS - DEPARTAMENTO DE REVISTAS
San Sotero, 6 - Teléf. 91 3043303 Fax 91 3272367 - 28037 MADRID
e-mail: revistas@marcialpons.es

Información y venta:

DIARIO OFICIAL DE CASTILLA-LA MANCHA
Avda. de Portugal, s/n - Teléf. 925 266 285 - 925 266 278
Fax 925 266 344 - 45005 TOLEDO
Consulta últimos números publicados:
<http://www.jccm.es/docm/revistajccm.htm>
e-mail: docm-internet@jccm.es

La Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los trabajos que se reproducen.

ISBN 84-505-64-73-5
D. L. TO 998-1988

ÍNDICE

ESTUDIOS	11
----------------	----

EL PRECARIO FORESTAL EN LOS MONTES CATALOGADOS: VIEJAS SOLUCIONES ROMANISTAS	13
---	----

LA LEY 4/2013 DE PATRIMONIO CULTURAL DE CASTILLA-LA MANCHA: UN NUEVO MARCO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DE LA ARQUEOLOGÍA PROFESIONAL	53
---	----

“EVOLUCIÓNDELANORMATIVAREGULADORACOMPARADA DE LAS ANTENAS DE TELEFONÍA MÓVIL EN ESPAÑA” ("EVOLUTION OF THE REGULATIONS COMPARATIVE ANTENNAS MOBILE PHONES IN SPAIN")	71
---	----

LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS	115
--	-----

EL INFORME SECTORIAL SOBRE ACCESIBILIDAD: UNA APROXIMACIÓN DE SU EFICACIA DESDE SU APARICIÓN EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE CASTILLA-LA MANCHA.	143
--	-----

DICTÁMENES.	177
------------------	-----

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, TRAMITADA POR EL AYUNTAMIENTO DE PANTOJA (TOLEDO), A INSTANCIA DE LA ENTIDAD “K”, POR DAÑOS DERIVADOS DE LA ANULACIÓN JUDICIAL DEL PAU DEL SECTOR S-4.	179
---	-----

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DE CASTILLA-LA MANCHA	201
---	-----

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	247
COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA	249
DOCTRINA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA	267
RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA.	301
ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA (De 1 de enero de 2014 a 31 de octubre de 2014)	303
NOTAS DE ACTUALIDAD	311
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA XV EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO	313

ESTUDIOS

EL PRECARIO FORESTAL EN LOS MONTES CATALOGADOS: VIEJAS SOLUCIONES ROMANISTAS

Alfonso Luis Blanco Higuera.

Asesor Jurídico de la Consejería de Ganadería, Pesca y
Desarrollo Rural del Gobierno de Cantabria.

SUMARIO

1. EL PRECARIO COMO POSESIÓN INMOBILIARIA SIN TÍTULO, TOLERADA Y LIBREMENTE REVOCABLE POR EL PROPIETARIO: MUTUO, COMODATO Y PRECARIO. 2. EL PRECARIO ADMINISTRATIVO EN EL DOMINIO PÚBLICO FORESTAL CATALOGADO, COMO POSESIÓN POR PARTICULAR SIN TÍTULO DECLARADO SUFICIENTE POR SENTENCIA O CON TÍTULO DECAÍDO. 3. EL DEBER DE RECUPERACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA POSESIÓN PÚBLICA FORESTAL CATALOGADA: INTERDICTO PROPIO Y DESAHUCIO. 4. UNA VIEJA SOLUCIÓN AL PRECARIO FORESTAL: LA DIVISIÓN DEL DOMINIO. 5. ENFITEUSIS Y CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE DOMINIO PÚBLICO: HACIA LA CONCESIÓN ENFITEÚTICA. 6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente estudio establece, dentro de la propiedad forestal catalogada, un paralelismo entre la posesión precaria, el interdicto y la enfiteusis – como figuras propias del Derecho Romano – y el precario administrativo, la recuperación de oficio de la posesión pública y la concesión, respectivamente, como instituciones típicamente administrativas. La posesión precaria de fincas forestales catalogadas derivaría de un título de posesión particular no declarado suficiente por sentencia judicial o invalidado por ésta, lo que nos acercaría al precario administrativo. La Administración, por su parte, tiene el deber legal de recuperar las fincas forestales catalogadas poseídas en precario, lo que nos conecta con

la acción interdictal. Por último, se propone la división de la posesión forestal catalogada mediante la concesión de dominio público, enlazada con la institución romana de la enfiteusis.

Palabras clave: Concesión, desahucio, enfiteusis, interdicto, posesión precaria.

ABSTRACT

The present study establishes, within the forest property classified, a parallel between the precarious possession, the injunction and the lease – as figures typical of Roman Law – and the precarious administrative, office recovery of public ownership and concession, respectively, as typically administrative institutions. Precarious possession classified forest farms derive a title sufficient undeclared private possession by court order or invalidated by it, which we approach the administrative precarious. The administration, meanwhile, has a legal duty to recover the classified forest estates held in precarious, what connects us injunctive action. Finally, we propose the division of forestry possession cataloged by granting public domain, linked to the Roman institution of the lease.

Key words: Concession, eviction, lease, injunction, possession precarious.

1. EL PRECARIO COMO POSESIÓN INMOBILIARIA SIN TÍTULO, TOLERADA Y LIBREMENTE REVOCABLE POR EL PROPIETARIO: MUTUO, COMODATO Y PRECARIO

Al hilo de la situación jurídica de precario en que pueden encontrarse los poseedores de parcelas forestales ubicadas en Montes Catalogados de Utilidad Pública – por carecer de título dominical declarado suficiente por sentencia judicial o declarado por ésta insuficiente – co-

responde abordar ahora como cuestión de principio, aún someramente, la figura del precario civil como especie del comodato, y éste – a su vez – como especie del mutuo, constituyendo éste y aquel, siguiendo la más señera tradición romanista, sendos tipos de contratos reales que, como tales, requieren de la *traditio* o entrega de la cosa para que puedan crear obligación¹, constituyendo el mutuo y el comodato sendas especies del contrato de préstamo, referidos hoy en los artículos 1741 a 1751 de nuestro Código Civil, siendo el mutuo la entrega – gratuita o a interés – de dinero u otra cosa fungible, con la condición de devolver otro tanto de igual especie y calidad, mientras que el comodato supondría la entrega gratuita de cosa no fungible (como, por ejemplo, una finca) para que se use de ella durante cierto tiempo, devolviéndose la misma al vencer aquel², considerándose ambos contratos como de beneficencia o de utilidad unilateral para uno de los contratantes³.

En tal sentido, decir que el mutuo – de nulo interés a los efectos del presente estudio – constituiría un contrato de préstamo *strictu sensu* o de préstamo de consumo de dinero u otra cosa fungible, a restituir *in genere* (es decir, no necesariamente igual cosa, sino otra distinta pero de igual especie y calidad) pasado cierto tiempo, en una suerte de enajenación a favor del mutuuario, que adquiere la propiedad de lo entregado por el mutuante⁴, teniendo mayor interés, a efectos nuestra exposición, la figura del comodato, como contrato real de préstamo gratuito de uso, y – más concretamente – de la tenencia y uso concreto y definido de cosas no fungibles, a restituir tras un determinado tiempo, figura ésta a diferenciar nítidamente del citado contrato de mutuo – que trasfiere la propiedad de la cosa entregada, a diferencia del de comodato, que solo transfiere el uso, amén de poderse dar en comodato cosa ajena, no así en el mutuo – así como del contrato de arrendamiento, por ser éste oneroso para el arrendatario, y de la figura del precario, que supone el uso de una cosa no fungible, pero un uso indefinido en cuanto a su naturaleza o incierto en cuanto a su duración⁵.

Ya dentro de la figura del precario, se hace necesario diferenciar entre el comodato y el denominado comodato – precario, que sería un precario contractual con reserva de solicitud unilateral de restitución de la cosa en cualquier tiempo por parte del comodante, figura ésta que se deduciría implícitamente de la redacción del artículo 1750 del Código Civil⁶, si bien el precario posesorio que ahora interesa – por ser aplicable al precario forestal en los Montes Catalogados – es el auténtico precario, entendido como simple tenencia fáctica, de hecho o no contractual, de una cosa, a modo de posesión de hecho, sin título, tolerada y libremente revocable por el dueño de aquella, y así parece entenderlo la práctica

de nuestros Tribunales, y – en tal sentido – recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1244/1992, de 31 de diciembre (RJ\1992\10670), ya declaró, en su Fundamento de Derecho Octavo, que el precario constituiría una simple situación fáctica, carente de cualquier título justificativo, aclarando – en su Fundamento de Derecho Undécimo – que la doctrina, de la que se ha hecho eco la jurisprudencia, distingue entre el comodato – precario, como contrato en el que no se pactó su duración ni el uso o destino de la cosa dada en comodato, y el precario *strictu sensu*, ajeno a toda relación jurídica contractual, en el cual se posee una cosa sin derecho a ello, como una mera posesión de hecho concedida o tolerada por el propietario de aquella, teniendo en común ambas figuras el poder ser objeto de un *precario procesal* – esto es – que para poder obtener el reintegro de la cosa poseída en precario puede acudir al juicio de desahucio por precario, debiéndose añadir que los pronunciamientos al respecto de las Audiencias Provinciales siguen igual orientación, y – así – la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) 281/1998, de 29 de septiembre (AC\1998\1746), en su Fundamento de Derecho Tercero – y citando al efecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1958 (RJ 1958\593), 30 de octubre de 1986 (RJ 1986\6017) y 31 de enero de 1995 (RJ 1995\413) – distingue el precario contractual como comodato – precario, y el precario como simple posesión concedida, tolerada o sin título, acepción ésta que se extendería a toda posesión inmobiliaria sin título y sin pagar merced alguna, pronunciándose en parecidos términos – entre otras muchas – la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5ª) 61/2000, de 31 de enero (AC\2000\369), Fundamento de Derecho Segundo, y la de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) 518/2010, de 18 de noviembre (AC\2010\2180), Fundamentos de Derecho Tercero y Quinto (citándose en éste la Sentencia del Tribunal Supremo 536/2008, de 10 de junio, RJ 2008\3214), pronunciamientos todos ellos que, se reitera, no hacen otra cosa que recoger la citada diferenciación doctrinal entre comodato – precario y precario de hecho⁷.

2. EL PRECARIO ADMINISTRATIVO EN EL DOMINIO PÚBLICO FORESTAL CATALOGADO, COMO POSESIÓN POR PARTICULAR SIN TÍTULO DECLARADO SUFICIENTE POR SENTENCIA O CON TÍTULO DECAÍDO

La posesión por particular de parcelas forestales sitas en Montes Catalogados de Utilidad Pública, será siempre en precario – en el

sentido antes expuesto – mientras tales parcelas no sean objeto de su descatalogación, esto es, de su exclusión del correspondiente Catálogo de Montes de Utilidad Pública, lo cual – a los efectos dominicales que aquí interesan – tan solo podría tener lugar tras el reconocimiento de la eficacia del título de propiedad particular mediante sentencia dictada en juicio declarativo ordinario de propiedad, tal y como al efecto manda el artículo 18.1 de la vigente Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, recogiendo al efecto la previsión ya contenida en el artículo 11.6 de la anterior Ley de Montes, de 8 de junio de 1957, y ello en base a la presunción de posesión pública que otorga el Catálogo a favor de la Entidad pública a cuyo nombre figure catalogado el correspondiente monte, tal y como se pronunciaba el artículo 10 de la citada Ley de Montes de 1957 y el artículo 66 de su Reglamento – aprobado por Decreto 485/1962, de 22 de febrero – no recogiendo expresamente hoy en la Ley de Montes de 2003 tal presunción, si bien puede entenderse que la vigencia de la improcedencia de cualquier tipo de proceso que no sea el precitado juicio ordinario declarativo de propiedad para combatir aquella, daría cobertura a la subsistencia reglamentaria de dicha presunción, invirtiéndose la carga de la prueba dominical en el particular que alegue su dominio⁸, y todo ello en base al hecho de que la posesión pública presumida por el Catálogo se trataría de una auténtica posesión jurídica o civil adquirida *ex lege* o por ministerio de la Ley, a modo de posesión adquirida por la investidura legal que supone la catalogación forestal⁹.

En cualquier caso, tal posesión pública del monte por la Entidad a quien el Catálogo asigna su pertenencia, tan solo cedería ante títulos dominicales inscritos en el Registro de la Propiedad o ante una prescripción treintenala consumada por particular, reconocidos – en ambos casos – en sentencia judicial¹⁰, de forma que, hasta ese momento, nos encontraríamos ante una simple posesión particular en precario tolerada por la Administración, al igual que cuando ésta vence en juicio declarativo ordinario de propiedad la pretensión dominical del particular, pudiendo calificarse el precario forestal en montes catalogados como una ocupación demanial sin título o en precario, por falta de aquel (o mera usurpación) o por cláusula de precario¹¹ (que no sería el caso), sin olvidar – no obstante – que ya a lo largo del siglo XIX comenzó a surgir la figura del poseedor rústico en precario vía legitimación posesoria de roturaciones¹².

Expuesto lo anterior, se podría correr el riesgo de caer en el fácil expediente de trazar un cierto paralelismo entre el precario forestal en los Montes Catalogados y el precario administrativo implícito en toda concesión de dominio público, y ello – sobre todo – a raíz de la

demanialización operada por la Ley de Montes de 2003 en los montes catalogados de utilidad pública, y que constituyó su principal novedad, poniendo fin a una situación anómala de *patrimonialidad semidemanial* que tenían tales montes conforme la legislación forestal anterior¹³, y por ello se hace necesario aclarar que la doctrina es prácticamente unánime al considerar inaplicable la figura del precario romano o civil, entendido como mera tolerancia posesoria libremente revocable, a la del precario administrativo – que operaría precisamente en las concesiones de dominio público – pues la Administración se encuentra sujeta a los principios de legalidad y de vicariedad (servicio a los intereses generales) que le vedarían tal discrecionalidad rescisoria¹⁴, distinguiéndose doctrinalmente dos tipos de precario administrativo, uno de primer grado o indemnizable, y otro de segundo grado o no indemnizable – que habrá de estar previsto expresamente en la normativa concesional aplicable o en cláusula concesional – como una posible facultad de revocación unilateral, por motivos de oportunidad o cambio de circunstancias, de situaciones jurídicas transitorias, a modo de elemento causal del negocio concesional¹⁵, constituyendo el precario en la concesión de dominio público, en definitiva, el corolario de su inalienabilidad, no siendo puro arbitrio de la Administración, sino garantía de preservación de la afectación del dominio público¹⁶, orientación doctrinal ésta acogida por la jurisprudencia, y – así – la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 4ª) de 6 de mayo de 1996 (RJ\1996\4108), ya declaró, en su Fundamento de Derecho Tercero, que la precariedad administrativa debe considerarse una cláusula concesional relacionada con el elemento causal de la concesión y encaminada a preservar el destino del dominio público frente a la utilización anormal del mismo, lo que no siempre supondría excluir el reconocimiento de indemnización cuando se revoca la concesión por motivos de oportunidad conectados con el interés público, si bien existiría también una precariedad administrativa extraordinaria no indemnizable cuando – estando admitida en la normativa aplicable e incluida expresamente en el clausulado de la concesión – se encuentre ligada a una situación de interinidad conocida y aceptada por el concesionario.

3. EL DEBER DE RECUPERACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA POSESIÓN PÚBLICA FORESTAL CATALOGADA: INTERDICTO PROPIO Y DESAHUCIO

La necesaria tutela administrativa de los bienes públicos y, más concretamente, su autotutela posesoria, constituye – no ya una facultad

discrecional – sino una auténtica potestad de obligado ejercicio¹⁷, cuya elusión podría suplirse – en su caso, y tratándose de bienes de las Entidades Locales – con la subrogación o sustitución vecinal, a modo de sustitución procesal tras el aquietamiento administrativo al requerimiento vecinal de tutela posesoria en interés de la Administración que se inhibe en el ejercicio de dicha tutela¹⁸.

En tal sentido, se hace preciso recordar – siguiendo la línea comparativa entre las instituciones romanistas y las administrativas actuales – que la autotutela administrativa de la posesión pública en general, y de la forestal en particular, tendría un primigenio paralelismo con los interdictos romanos, entendidos como mandatos o prohibiciones pretorias que – con el tiempo – desembocaron en acciones posesorias de carácter sumario¹⁹, interdictos romanos que podían ser, atendiendo a su objeto, prohibitorios, restitutorios y exhibitorios²⁰, siendo los interdictos más usuales los posesorios, bien para adquirir la posesión, bien – sobre todo – para retener la posesión inmobiliaria no viciosa (*uti possidetis*) o para recuperar la perdida, caso del *unde vi*, dentro del cual se encontraría el interdicto de precario²¹.

Así, y ante la ausencia de título posesorio suficiente de ocupación del demanio forestal – declarado como tal por sentencia judicial firme – la Administración deberá proceder a la apertura de expediente de recuperación posesoria de oficio²², potestad ésta de auto – recuperación de la posesión de los bienes públicos que tuvo su origen en una Real Orden de 10 de mayo de 1884, a modo de autotutela administrativa declarativa de naturaleza interdictal o sumaria que – conocida también con las denominaciones de reintegro administrativo posesorio, reivindicación administrativa o interdicto propio – no necesita de intervención judicial²³, potestad ésta de recuperación posesoria que, no obstante, no cabe ejercerse de plano, sino mediante la instrucción del correspondiente expediente contradictorio con audiencia del interesado, tal y como al efecto manda el artículo 56 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas²⁴, potestad cuyo ejercicio, tratándose de Montes Catalogados, compete hoy conjuntamente a la Entidad titular y a la Administración gestora de los mismos – normalmente, la Administración Forestal – ex artículo 20.2 de la Ley de Montes de 2003.

Caso de encontrarnos ante la extinción o el decaimiento *a posteriori* del título de ocupación particular preexistente, normalmente por sentencia recaída en juicio civil ordinario declarativo de propiedad, procede que por la Administración se ejerza – no ya la potestad de recupera-

ción posesoria vista ante la existencia de un título posesorio insuficiente – sino la potestad de desahucio del ocupante²⁵, constituyendo a estos efectos el desahucio administrativo una potestad para el lanzamiento o desalojo forzoso del ocupante sin título, como una autotutela administrativa ejecutiva que – si bien tampoco requiere intervención judicial – sí exige la previa constatación administrativa de la extinción del título de ocupación, amén de seguirse el oportuno procedimiento administrativo ex artículo 59 de la citada Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas²⁶.

4. UNA VIEJA SOLUCIÓN AL PRECARIO FORESTAL: LA DIVISIÓN DEL DOMINIO

Ya en la Edad Antigua proliferaron diferentes formas de posesión compartida de la propiedad de la tierra, y – así – la posesión precaria en Roma se origina como un pacto o convención, a quién el Derecho pretorio acabó concediendo el interdicto de precario, a modo de una cesión de la posesión libremente revocable que, inicialmente, se aplicará al comprador al que, habiéndosele practicado la *traditio* o entrega de la cosa, todavía no hubiera abonado el precio, si bien su origen y forma más conocidos fue la de la concesión posesoria graciosa que del *ager publicus* realizaba el patrono a su cliente, concesión libremente revocable por aquel²⁷, siendo ya en la época feudal donde el precario romano principiará a conocer una nueva configuración, mediante donaciones dominicales de tierras hechas por los fieles a la Iglesia, la cual *devuelve* al donante la posesión precaria de lo donado, si bien aumentado con nuevas tierras²⁸.

También en la Edad Media se conocieron otras formas diferentes de propiedad dividida de la tierra, lo cual nos conecta con las instituciones del *alodio*, la *recomendación*, el *beneficio* y el *feudo*. Así, el *alodio* – de origen germánico – suponía toda propiedad raíz de naturaleza absoluta, individual, independiente y en régimen de pleno dominio, *propiedad alodial* ésta que, con el advenimiento del feudalismo, se confundirá con el *beneficio* derivado de la *recomendación*, que suponía la libre elección por los vasallos de un Señor, al que se vinculaban mediante prestaciones personales (el servicio militar, por ejemplo) a cambio del goce de uso de las tierras concedidas por aquel – como dominio útil subordinado al dominio directo del Señor, en una suerte de propiedad censal (en la

que más adelante nos detendremos) – *propiedad beneficiaria* que, siendo inicialmente una mera posesión servil y precaria, se transformaría con el tiempo – al evolucionar hacia un carácter hereditario – en el denominado *feudo* perpetuo, que sumará en su seno los privilegios propios del alodio y de los *iura regalia*, habiéndose conocido diferentes formas y denominaciones de propiedad feudal como dominio dividido, y así – en Castilla – encontramos los *juros de heredad*, los *prestimonios*, las *encomiendas*, las *mandaciones*, las *tierras*, los *honores*, los *feudos*, las *behetrías*, así como las *propiedades villanas*, *tributarias o plebeyas* y las *alodiales*, conociéndose en Aragón los *honores*, *feudos y treudos*, en Navarra los *señoríos*, la *propiedad pechera o de villa* y los *presenes*, hablándose en Cataluña de las *propiedades alodial o tributaria*, la *beneficiaria o feudal hereditaria*, la *villana o enfiteútica* y la de *remensa*, conociéndose también en Valencia y Mallorca los *feudos* y los *honores*²⁹.

No obstante, de las modalidades históricas de división dominical y posesoria de la tierra, la más trascendental vendrá configurada por la figura del *censo*, del latín *censere* (evaluar, tasar)³⁰, suponiendo el censo una modificación del derecho de la propiedad inmueble, pues implica el compartir el dominio sobre una cosa raíz o el recibir utilidades de la misma a cambio de algo que se ha transferido, sea el dominio útil o pleno sobre la cosa, sea un capital, siendo – en definitiva – la obligación contractual de pago a un *censualista* de una renta periódica (llámese canon, llámese pensión) por el *censatario o censuario* poseedor de un inmueble – que resulta gravado por tal renta – inmueble de propiedad originaria del censatario, caso del *censo consignativo*, o cuyo dominio pleno o útil se adquirió del censualista, supuesto éste de los *censos reservativo y enfiteútico* – respectivamente – existiendo siempre en todo censo un capital, cual será, bien el entregado por el censualista al censatario – caso del censo consignativo – bien el valor de la finca entregada por el censualista al censatario en los supuestos de censo reservativo y de censo enfiteútico, constituyendo el censo – en todo caso – un derecho real del censualista que grava el inmueble del censatario, y así llegó a configurarse en el Proyecto de Código Civil de 1851 (artículo 1546) y en nuestro vigente Código Civil (artículos 1604, 1605 y 1607)³¹. Dadas las diferentes especies de censos existentes, a los efectos del presente estudio nos centraremos en el censo de dominio que aquí interesa – el enfiteútico – sin perjuicio de que hagamos una referencia, aún brevísima, al censo crediticio o rediticio por excelencia, el consignativo, y al otro censo de dominio, el reservativo.

Así, el censo consignativo no sería otra cosa que la enajenación o venta por el censatario o censuario del derecho a percibir una renta por

el censualista, a cambio de un capital entregado (esto es, prestado) por éste a aquel, y que grava la finca propiedad del censatario, no existiendo en este censo – por tanto – ninguna división ni transmisión del dominio pleno, que continua perteneciendo al censatario, pudiendo ser perpetuo (que no irredimible) o temporal, constituyendo – más que un mutuo o una hipoteca – una auténtica servidumbre o carga real, censo éste redimible a voluntad del censatario³², habiendo surgido históricamente el censo consignativo a fin de eludir las normas canónicas y civiles que en el medievo condenaron la usura o préstamo a interés, para – con ello – poder satisfacer las necesidades financieras de la agricultura y del comercio, suponiendo – a priori – un préstamo a interés, pero sin poder exigirse por el censualista – prestamista la devolución del capital entregado al censatario³³.

En cuanto al censo reservativo, como tipología – junto al enfiteútico – de los denominados censos de dominio, decir que supone un contrato por el cual el censualista transmite al censatario el dominio pleno de una cosa raíz o inmueble a cambio de una renta periódica, no existiendo tampoco – por tanto – división del dominio, que pasa por entero al censatario, siendo de naturaleza de este censo, por ende, el que el censualista – a diferencia de lo que ocurre en el censo enfiteútico, como luego se verá – carezca de los derechos de *fadiga* (es decir, de tanteo y retracto en caso de enajenación del inmueble), de *laudemio* o *luismo* en caso de venta consumada y, salvo pacto en contrario, de facultad de comiso del predio en caso incumplimiento por el censatario de sus obligaciones³⁴.

Centrándonos ahora en el estudio del censo de división del dominio por excelencia, el censo enfiteútico, decir que se trata de un contrato – consensual y real – por el que el censualista transfiere al censatario o *enfiteuta* el dominio útil de una cosa raíz o inmueble, con carácter perpetuo (que no irredimible) o por largo tiempo, a fin de que el censatario disponga libremente de aquella, abonando a cambio al censualista una renta en reconocimiento de su dominio directo, constituyendo la enfiteusis – por tanto – un derecho real de uso útil, por el censatario o enfiteuta, de una propiedad inmueble ajena, dominio útil éste que constituiría, no una verdadera propiedad, sino un *ius in re aliena*, que disociaría el dominio sobre el predio entre el directo del censualista y el útil del censatario o enfiteuta, de modo que éste posee el predio, paga la renta y dispone del mismo con permiso y preferencia del censualista o *señor directo*, constituyendo este censo enfiteútico una auténtica transmisión parcial del dominio a cambio de una renta que grava la cosa raíz, siendo

el censualista – o señor directo o eminente – el dueño abstracto o de derecho, y el censatario o enfiteuta el dueño del uso o dueño de hecho³⁵.

El surgimiento de la figura jurídica de la enfiteusis – vocablo éste que procede del griego *en* y *phyteo*, esto es, sembrar, acción de sembrar, cuasi plantar o hacer plantaciones³⁶ – estuvo directamente ligada, como señala unánimemente la doctrina clásica, a la necesidad de hacer productivas y de mejorar las tierras yermas o incultas que no podían ser suficientemente atendidas por sus *señores directos* (Estado, Municipios e Iglesia, preferentemente), como de medida de fomento de su cultivo, más beneficiosa para el cultivador que el simple precario o que el arrendamiento, a cambio del pago de un canon o censo perpetuo o por larguísimo tiempo³⁷, convergiendo también la doctrina en atribuir un origen romano a esta institución, que se encontraría en el arrendamiento *ager vectigalis*, a modo de arrendamiento de tierras que los municipios romanos realizaban para su cultivo – temporal en un principio (normalmente por cinco años) – y, más adelante, de naturaleza perpetua, conociéndose como *agri vectigalis* o *stipendiarii* a los predios que abonaban al Erario público una renta, conocida como *stipendium* o *vectigal*, distinguiendo el Digesto – en unos textos de Paulo y Ulpiano – entre *vectigales* y *non vectigales*, siendo éstos arrendamientos temporales y aquellos perpetuos, ejemplo éste de los arrendamientos municipales de tierras que fue seguido por los particulares y – más adelante – por la Iglesia, el Fisco y los Reyes³⁸, convergencia doctrinal que se produce también en cuanto a la afirmación de que fue el Emperador Zenón el que, mediante una Constitución dada entre los años 476 a 484, dotó a la enfiteusis de sustantividad propia, como contrato nominado a medio camino entre el arrendamiento y la compraventa, y cuya descomposición de derechos en la Edad Media dio lugar a la diferenciación entre dominio directo y dominio útil³⁹, no constituyendo el contrato de censo enfiteútico, en cualquier caso, ni un arrendamiento – por ser éste esencialmente temporal, no transmitiendo el dominio útil de disposición sino la mera posesión *in nomine alieno*, amén de que el enfiteuta, a diferencia del arrendatario, asume el riesgo de la pérdida de la cosa raíz – ni una compraventa, pues esta implica una transmisión del dominio pleno a cambio de un precio⁴⁰.

En cuanto a la regulación que sobre el censo enfiteútico se contiene hoy en el Código Civil, decir – brevemente – que solo puede recaer sobre bienes inmuebles mediante contrato formalizado en escritura pública (artículo 1628) y, por tanto, susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, debiéndose fijar en dicho contrato el valor de la finca acensuada y la pensión anual (artículo 1629), constituyendo el valor de la finca el capital del censo, representando éste – a su vez – el precio

equivalente de los derechos del censalista, haciendo suyos el censatario o enfiteuta los productos del predio (artículo 1632), disponiendo plenamente de éste con respeto de los derechos del censalista (artículo 1633), correspondiendo recíprocamente a censalista y enfiteuta los derechos de tanteo y de retracto para la refundición de dominios (artículo 1636), dándose el tanteo en la enajenación onerosa preavisada (artículo 1637) y el retracto en la no preavisada y consumada (artículo 1638), abonándose al censalista – en las enajenaciones onerosas consentidas por éste – un laudemio o luismo del 2%, salvo que se pactara otro importe (artículo 1644), abono que realizará – salvo pacto en contrario – el adquirente del predio (artículo 1645), pudiendo el censalista refundir los dominios en su favor mediante el comiso de la finca acensuada cuando el enfiteuta hubiera incumplido sus obligaciones contractuales (artículo 1648), salvo que éste acordase redimir el censo o pagar lo debido (artículo 1650), pudiendo proceder el enfiteuta – a voluntad suya – a la redención del censo y a la refundición en su persona de ambos dominios, abonando en metálico al censalista, de una sola vez, el capital de valoración de la finca, suprimiendo el Código tras su promulgación la posibilidad de concertar subenfiteusis (artículo 1654), figura ésta por la cual el censatario o censuario enfiteuta transmitía a otro el dominio útil, erigiéndose aquel en su señor directo⁴¹.

Una especie singular de censo enfiteútico en Cataluña, es la conocida como *rabassa morta* o establecimiento a primeras cepas – pues es precisamente con el término *establecimiento*, como se conoce en Cataluña al censo enfiteútico – a modo de enfiteusis temporal a primeras cepas para la plantación de vides, feneciendo este especial censo – que puede considerarse una figura mixta entre el arrendamiento y la enfiteusis – tras la muerte de tales cepas o por caer las mismas en improductividad, considerándose por la jurisprudencia – ya desde el último tercio del siglo XVIII – que esta enfiteusis se entiende finiquitada a los cincuenta años de tener que haberse plantado las cepas y – en todo caso – cuando feneciesen las dos terceras partes de las mismas, caracteres éstos que recogió el artículo 1656 de nuestro Código Civil, y todo ello sin perjuicio de los restantes establecimientos enfiteúticos en Cataluña, que con carácter general se regulan por las normas propias de la enfiteusis, si bien el derecho a laudemio o luismo del censalista se conoce como *foriscapio*, y como *cabrevación* el derecho a que se le reconozca su dominio directo, careciendo – en cambio – de la potestad de comiso por insolvencia del enfiteuta⁴².

No obstante, será sin lugar a dudas el *foro* (procedente de la voz *fuero*), como peculiar censo de división del dominio en Galicia, Asturias

y en la región leonesa de El Bierzo, una de las figuras censales más polémicas – por los problemas sociales que suscitó, como se expondrá más adelante – y más estudiadas por la doctrina, que considera unánimemente al foro como un auténtico censo enfitéutico que, si bien inicialmente nació como arrendamiento, con el tiempo evoluciona hacia una forma de enfiteusis temporal, con la que comparte origen, de modo que el primitivo foro medieval – de naturaleza obligacional y personal – habría transitado en la Edad Moderna hacia un derecho real de esquemas enfitéuticos⁴³, lo cual no impidió que se llegase a confundir el foro con una especie de feudo o vinculación personal al señor directo, si bien la doctrina mayoritaria consideró que ello – que pudo ser así en un principio – quedó descartado tras la Ley de abolición de señoríos y propiedades vinculadas, de 3 de mayo de 1823, que no incluyó a los foros entre las cargas señoriales objeto de supresión, amén del hecho de que el foro no llevó consigo de común ningún tipo de servidumbre personal⁴⁴.

Surgiendo el foro alto medieval como una forma de concesión de tierras por los monasterios, se distinguió entre foros generales – concedidos con carácter perpetuo a villas y pueblos – y foros singulares concedidos a los particulares con un carácter temporal, aunque renovable, siendo su duración habitual de tres *voces* o *vidas* y, tras la Bula de Urbano VIII, de 21 de noviembre de 1641, de tres voces de reyes, más veintinueve años adicionales para evitar la prescripción adquisitiva por treinta años, de modo que todo foro – en teoría – estaba destinado a fenecer al concluir su duración, retornando entonces ambos dominios al señor directo (lo que no ocurrió en un principio, como luego se expondrá), teniendo en el foro el señor directo – también conocido como *forista* o *aforante* – los derechos propios del censualista en la enfiteusis, amén de los de solicitar cada treinta años el apeo o delimitación de los territorios aforados conforme la correspondiente carta foral (o contrato de foro), y – cada diez años – el prorrateo de la distribución del canon a pagar entre los diversos foreros, pues tal obligación de pago tenía carácter solidario, correspondiendo al señor útil, conocido como *forero* o *foratario*, los derechos propios del enfiteuta⁴⁵, habiendo sido el foro objeto de un abuso histórico por parte de los foreros, a través de la figura del *subforo*, que – al igual que la subenfiteusis – suponía que aquellos transmitían a su vez a un tercero, a cambio de una renta, el dominio útil que tenían, en una suerte de *foro sobre foro*, convirtiéndose con ello en señores medianeros entre el directo y el subforero⁴⁶.

Promulgado el Código Civil, su artículo 1655 previno que los foros constituidos con posterioridad a su promulgación se regularían por las normas aplicables a la enfiteusis – si tales foros se hubieran con-

certado como indefinidos – y por las aplicables al arrendamiento si se hubieran acordado con una duración temporal, regulándose los foros acordados con anterioridad al Código Civil por la legislación aplicable al momento de su constitución, hasta que – de conformidad con lo prevenido en el artículo 1º del Real Decreto de 8 de noviembre de 1875 – se dictase una ley general de foros⁴⁷, que, como luego se verá, tardaría en promulgarse poco más de cincuenta años desde el citado Real Decreto.

En cualquier caso, no debe olvidarse que las ideas de libertad y de propiedad individual alumbradas en la Revolución Francesa prenderían pronto, orientándose la nueva y predominante concepción individualista de la propiedad hacia la refundición de los dominios censales divididos a favor del poseedor útil – esto es, a favor del censatario o censuario – lo que daría lugar a la supresión del censo enfitéutico en numerosos Códigos, el francés entre ellos, declarando ya el artículo 1548 del Proyecto de Código Civil español de 1851 la redención de todos los censos reconocidos en el mismo – es decir, del reservativo y del consignativo, pues no reconoció al enfitéutico – redención que, salvo pacto en contrario, habría de ser total (artículo 1549), contemplando el artículo 1563 la posibilidad de que el censatario – al que se refería como *terrateniente* – pudiese redimir a voluntad cualquier gravamen perpetuo sobre la propiedad útil anterior al Código Civil, refundiendo dominios mediante la observancia de una serie de reglas, abonando al efecto un capital al censalista, debiéndose entender que tal posibilidad de redención refundidora debía extenderse también a los foros, facultando el artículo 1608 del vigente Código Civil al censatario para redimir a su favor cualquier censo – aún existiendo pacto en contra de tal redención – si bien podría pactarse en el futuro la irredimibilidad del censo durante la vida del censalista o de una persona concreta, o durante cierto número de años que – en ausencia de pacto expreso – no podrían superar los veinte años en el censo consignativo ni los sesenta en los censos reservativo y enfitéutico, redención que – como preceptúa el artículo 1610 – habría de referirse a la totalidad del censo (salvo pacto en contrario), no pudiendo operar la redención contra la voluntad del censalista si no se estuviera al corriente del pago de las rentas, remitiéndose el artículo 1611 – en lo que a la redención de foros se refiere – a una Ley especial⁴⁸.

No obstante, ya con anterioridad al Código Civil se habían promulgado un conjunto de normas que, con mejor o peor fortuna (más bien con ésta última), habían declarado la redención de los gravámenes perpetuos sobre la propiedad, caso de la Novísima Recopilación – cuya Ley 24, Título V, Libro X, dispuso la posibilidad de que el censatario o censuario redimiera a su voluntad todo tipo de censos – seguida en tal

intención por la Ley de abolición de señoríos, de 3 de mayo de 1823, que admitió – si bien con dificultades – la posible redención de los censos, norma ésta sustituida en un primer momento por la Ley de redención de foros y otras cargas territoriales, de 20 de agosto de 1873, aclarada por la de 16 de septiembre de igual año, que proscribió toda renta perpetua sobre la propiedad inmueble (artículo 1º), atribuyendo la posibilidad de redención a su favor a los censatarios, foreros y asimilados (artículo 2º), considerándose que la renta abonada por el censatario no lo era en reconocimiento de un dominio directo del censalista, sino en consideración a los frutos producidos por el predio acensuado, aboliéndose también el laudemio – el cual no podría cargarse al capital de la redención – Leyes ambas de 1873 cuya eficacia fue suspendida por Decreto de 20 de febrero de 1874, en atención a las alteraciones sociales que su aplicación podría conllevar, restableciéndose con ello nuevamente la vigencia de la Ley de 3 de mayo de 1823⁴⁹.

Un tipo específico de censos, gravámenes y otras vinculaciones perpetuas de la propiedad objeto de liquidación, fueron los denominados *censos desamortizados*, por pertenecer a las llamadas *manos muertas* (Estado, Iglesia, Propios y Comunes de los pueblos, Corporaciones, Órdenes Militares, etc.), que fueron declarados en redención y estado de venta por la Ley General de Desamortización de 1 de mayo de 1855, cuyo mandato enajenador fue reiterado por Leyes posteriores⁵⁰, si bien el mayor problema social en cuanto a la redención de los censos durante los siglos XVIII y XIX, hasta llegar al primer cuarto del siglo pasado, fue el denominado *Expediente General de Foros o problema foral*, el cual surgió a raíz de la pretensión de los señores directos o aforantes – sobre todo la Iglesia – de proceder al despojo del dominio útil y subsiguiente desahucio de los foreros tras el vencimiento de las cartas forales, problema iniciado ya bajo el reinado de Felipe IV, solicitando en 1633 la Junta del Reino de Galicia una Ley de renovación automática de foros, pronunciándose al efecto el Consejo de Castilla, quien – mediante Auto de 10 de mayo de 1763, mandado cumplir por Real Provisión del 11 de igual mes y año – declaró la suspensión de todo pleito, demanda y acción de despojo de los foreros por los aforantes, siempre que aquellos continuaran abonando el canon foral, suspensión que se proyectó hasta el momento en que el Consejo resolviera lo procedente al respecto, lo que – de hecho – supuso la perpetuación del censo foral⁵¹, que sobrevivirá al proceso desamortizador y de redención de las cargas perpetuas de la propiedad hasta la promulgación del Real Decreto – Ley de 25 de junio de 1926, dictado en aplicación de la previsión de una Ley general de foros, contenida en el artículo 1611 del Código Civil, Real Decreto – Ley que declaró redimibles todos los foros y censos inmuebles análogos existen-

tes en Galicia, Asturias y León (artículo 1º), a instar por los foreros o censatarios en cinco años, pasados los cuales los aforantes o censualistas podrían compeler a aquellos a redimir a su favor el dominio útil (artículo 9º), creándose al efecto un Tribunal y un procedimiento especial (artículo 10º), señalando el artículo 20 del Reglamento de desarrollo de la citada norma – aprobado por Real Decreto de 23 de agosto de 1926 – que la redención sería facultad del forero o censatario hasta el 25 de junio de 1931, siendo tal redención – desde el día siguiente a dicha fecha – obligatoria para el mismo a instancia del aforante o censualista, quien desde el 26 de junio de 1936 tendría cinco años para consolidar el dominio útil con el suyo directo.

Para concluir este epígrafe, tan solo recordar que el círculo normativo sobre la redención de censos de división del dominio se cerró con la Ley de 31 de diciembre de 1945, sobre inscripción, división y redención de censos en las provincias catalanas (Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona), norma ésta que – tras reconocer en su parte expositiva la trascendencia social del censo como instrumento para facilitar el acceso a la propiedad de la tierra – proclamó la necesidad de consolidar dominios y de redimir forzosamente los censos a voluntad de los censatarios o censuarios, disponiendo el carácter redimible de todos los censos enfiteúticos existentes en su ámbito territorial de aplicación (Disposición general), a petición del censatario y sin que fuera admisible pacto en contrario (artículo veintiuno), siempre que aquel se encontrare al corriente en el pago de la renta (artículo veintidós), acogiendo esta Ley – en sus artículos treinta y ocho y treinta y nueve – la doctrina del Código Civil sobre prohibición de subestablecimientos o subenfiteusis y sobre la posibilidad de pactarse la no redención censal durante un cierto tiempo, no presumiéndose la existencia de *laudemio* – que habría de pactarse expresamente (artículo cuarenta) – amén de consagrarse un derecho recíproco de *fadiga* o *tanteo* (artículo cuarenta y dos) y el comiso por impago cuando así se hubiera pactado expresamente (artículo cuarenta y tres), creándose un Tribunal Arbitral de Censos (artículo cuarenta y seis).

5. ENFITEUSIS Y CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE DOMINIO PÚBLICO: HACIA LA CONCESIÓN ENFITEÚTICA

Llegados ya a este punto, y expuestos brevemente hasta aquí los problemas suscitados por la situación de los poseedores precarios de par-

celas forestales sitas en Montes Catalogados de Utilidad Pública – sobre todo tras la demanialización de los mismos, operada por la Ley de Montes de 2003 – y su paralelismo relativo con el precario civil libremente revocable a través del procedimiento de recuperación posesoria de oficio por la Administración, con el que también guarda cierta relación histórica la institución romana del interdicto posesorio de recuperación, y tras exponer también las diferentes figuras romanistas de división de la posesión de la tierra, se hace necesario tratar de proponer – más bien, de esbozar – una idea de solución que pudiera regularizar la situación jurídica de tales poseedores precarios, echando para ello una vista atrás hacia las viejas soluciones de los censos de dominio compartido – caso de la enfiteusis y de su primo – hermano, el foro – que es necesario enlazar, dada la naturaleza de dominio público de los Montes Catalogados, con la más contemporánea institución administrativa de la concesión demanial, como instrumento de ordenación jurídica de la tierra⁵², y – así – desde una perspectiva de disociación de la posesión forestal, podría llegar a distinguirse entre un dominio *eminente* o soberano de la Administración sobre el demanio forestal catalogado – dominio soberano configurado como una facultad jurisdiccional de dominio directo, no susceptible de ser desafectado y de naturaleza inalienable e imprescriptible, al que acompañaría la facultad de otorgar (esto es, de conceder) un dominio útil o derivado – y éste último dominio útil, a modo, no ya de propiedad, sino de sometimiento posesorio de una cosa a la voluntad y acción de una persona⁵³, y, continuando con la tesis propuesta, recordar que – desde una perspectiva histórica – la *concesión* apareció como un privilegio regalístico otorgado por gracia o merced, entendiendo por *regalía* toda prerrogativa regia que implicaba daciones o concesiones a los súbditos de ciertos privilegios, pudiendo el privilegio ser liberatorio de una carga o gravamen (por ejemplo, la exención del pago de tributos) o de concesión de un *iura singularia* o derecho singular y privativo del que otros carecían, privilegio que – atendiendo a la condición de quién o de qué se otorgaba – se clasificaba en personal (esto es, en atención a la persona a quien se privilegiaba, teniendo en este caso carácter temporal) o en real – en atención a la cosa sobre la que el privilegio, generalmente perpetuo, recaía – clasificándose también el privilegio en rogado y de oficio, según mediara o no solicitud, así como en privilegio gracioso o sin mérito que remunerar, remuneratorio o en premio a servicios prestados y oneroso o con carga, clasificándose también el privilegio en afirmativo o de habilitación y negativo o de exención, extinguiéndose el privilegio – entre otras posibles causas – por fallecimiento del privilegiado (si el privilegio era *institutu personae*), pérdida de la cosa sobre la que recaía (si era real), cese de la causa de la concesión, vencimiento de su duración,

incumplimiento de sus condiciones de uso o abuso de éste, no uso y revocación⁵⁴.

En tal sentido, y continuando la línea argumental que se pretende sostener, recordar que en el ámbito del demanio minero (si bien, lo que se afirmará al respecto es susceptible de extensión al dominio público en general) existió históricamente una conexión entre los *iura regalia* – cuya noción jurídica sería una construcción de la jurisprudencia medieval, equivalente a la actual de dominio público, y que surgen como mecanismo de escisión del dominio en virtual o eminente y en real o privativo – y la concesión administrativa de dominio público, a modo de *privilegium principis* de cesión parcial del dominio, procedente de los antiguos privilegios señoriales, exclusivos y privativos⁵⁵, si bien, y una vez superada la etapa regalística, la concesión administrativa – a la cual la doctrina tradicional clasificará en constitutiva o de mera merced discrecional sin traslación de poder público alguno (caso de los títulos nobiliarios) y en traslativa de funciones públicas (caso de las de dominio público) – se nos presentará, de un lado, como un acto administrativo unilateral de imperio – cual sería la previa *publicatio* o *publicación* de un determinado ámbito de realidad física o de actividad, a conceder privativamente a posteriori – y, de otro, como una relación jurídica de naturaleza bilateral, en cuanto sometimiento del concesionario a un estatus de sujeción especial⁵⁶.

Llega ahora el momento de tratar de enlazar los paralelismos que, como instituciones de disociación de la posesión inmueble, pueden trazarse entre la añeja figura romana de la enfiteusis y la contemporánea de la concesión administrativa de dominio público, de cuyo origen común – en cuanto a privilegios de exclusividad que transitaron del *iura regalia* a la *publicatio* – ya se habló brevemente en el párrafo anterior, debiéndonos centrar ahora en aquellos aspectos relativamente coincidentes entre ambas figuras, recordando en tal sentido que – como institución civil que posibilita la división del dominio inmobiliario – el censo enfitéutico constituiría un contrato de cesión del dominio útil de una cosa raíz por largo tiempo (hasta sesenta años sin posibilidad de redención, conforme el artículo 1610 del Código Civil), a fin de que el censatario disponga libremente de aquella, abonando a cambio al censalista una renta, constituyendo un derecho real de uso útil de una propiedad inmueble ajena, a modo de *ius in re aliena*, de forma que el censatario o enfiteuta poseería el predio, pagaría la renta y dispondría de aquel con permiso y preferencia del censalista, contrato que habría de formalizarse en escritura pública (artículo 1628 del Código Civil) y, por tanto, susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, haciendo suyos el censatario

o enfiteuta los productos del predio (artículo 1632 del Código Civil), disponiendo plenamente de éste con respeto de los derechos del censalista (artículo 1633), pudiendo el censalista refundir los dominios en su favor mediante el comiso de la finca acensuada cuando el enfiteuta hubiera incumplido sus obligaciones contractuales (artículo 1648 del Código Civil).

Pues bien, tales características de negocio jurídico bilateral, formalizable en escritura pública e inscribible en el Registro de la Propiedad, que daría lugar a un derecho real limitado de posesión útil de disfrute y disposición de un inmueble a cambio de un canon, con posibilidad de comiso o recuperación de la posesión útil por el concedente, van a darse también en la concesión administrativa de dominio público, único instrumento habilitante hoy para la ocupación privativa del dominio público forestal – catalogado o no – ex artículo 15.4 de la Ley de Montes de 2003, y así, en primer lugar, decir que – aún salvando las distancias, cada vez menores, entre ordenamiento civil y administrativo – la concesión administrativa de dominio público, al igual que el censo enfiteúutico, tendría una clara naturaleza contractual⁵⁷, a modo de contrato administrativo especial regulado por la normativa patrimonial – esto es, por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas⁵⁸ – contrato que, al igual que la enfiteusis, habría de formalizarse por escrito, concretamente en documento administrativo, como título suficiente para su inscripción en el Registro de la Propiedad (artículo 93.2 de la citada Ley), contrato concesional que, al igual que el enfiteúutico, crearía *ex novo* a favor del concesionario un derecho real – en este caso, de naturaleza administrativa – inmediato y exclusivo *erga omnes* que, integrándose en el patrimonio de aquel, supondría la cesión temporal del uso privativo – es decir, útil – de una dependencia del dominio público (forestal, en este caso), constituyendo por ello, al igual que el censo enfiteúutico, un verdadero *ius in re aliena*⁵⁹, contrato administrativo de concesión de dominio público que, al igual que el de censo enfiteúutico, podría llegar a ser – dentro de ciertos límites – objeto de libre disposición por el concesionario, incluso mediante su transmisión *inter vivos* (previa autorización administrativa) o *mortis causa*, pues la concesión administrativa otorgaría al concesionario los derechos y obligaciones de un propietario (artículos 97.2 y 98.1 de la precitada Ley 33/2003, de 3 de noviembre), de modo que el nuevo concesionario se subrogaría plenamente en la situación jurídica del concesionario transmitente, manteniéndose inalterable la concesión⁶⁰, paralelismos entre los contratos de censo enfiteúutico y de concesión demanial que, sin afán de ser exhaustivos, podrían cerrarse con la facultad que la Administración concedente tiene – al igual que el censalista en la enfiteusis, ex artículo

1648 del Código Civil – para extinguir anticipadamente, a modo de *comiso*, la concesión, por incumplimientos contractuales del concesionario, tales como los expresados en la letra f) del artículo 100 de la ya mencionada Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas – impago del canon o cualquier otro incumplimiento grave por el concesionario de sus obligaciones – sin olvidar otras posibles causas de resolución anticipada prevenidas en el citado precepto, *redimiendo*, si se permite la expresión, la concesión y recuperando la posesión útil del demanio.

No obstante los paralelismos trazados hasta aquí entre el contrato de censo enfitéutico y la concesión administrativa de dominio público, como instrumentos ambos al servicio de la disociación de la posesión de la tierra, lo cierto es que entre ambos existirían nítidas diferencias que – si bien impedirían que fueran del todo equiparables – ello no evitaría, como luego se concluirá, el que pudieran intercambiarse entre ambas figuras notas definitorias de cada una. Así, y como primera diferencia apreciable entre enfiteusis y concesión demanial, citar la del régimen jurídico aplicable a cada una de estas instituciones, cual será la normativa civil para la primera y el ordenamiento jurídico administrativo para la segunda, cual sería – con carácter general – la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y la normativa de contratación pública, y, con carácter sectorial, la normativa reguladora de cada dependencia específica del dominio público (en el caso que ahora interesa, la Ley de Montes de 2003 y la normativa de bienes de las entidades locales). Una segunda gran diferencia entre ambas figuras, vendría constituida por la especial naturaleza de los bienes sobre los que recaería la concesión administrativa, los bienes de dominio público, lo que implicaría que, amén de no poder ser objeto de concesión la propiedad particular (de ahí la cláusula aneja a toda concesión demanial de *sin perjuicio de terceros*), toda concesión presupondría la previa titularidad administrativa de los bienes sobre los que recae⁶¹, titularidad administrativa del dominio público que trae consigo el que la concesión administrativa de su ocupación privativa, y a diferencia de lo que ocurre en el censo enfitéutico, transfiera al concesionario el ejercicio de auténticas funciones públicas – pues tras toda concesión administrativa subyace siempre un interés público a satisfacer, más allá del particular del concesionario⁶² – y sin olvidar que la concesión, dada la inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público sobre el que recae, no podría transferir – a diferencia de lo que ocurre en la enfiteusis – el dominio o propiedad útil sobre la concreta dependencia demanial, que no se adquiriría con la concesión – cuya acepción medieval como contrato enfitéutico quedó superada hace tiempo – sino tan solo su *posesión* útil de goce y disposición y, por ello, el canon concesional no constituiría una contraprestación contractual por

la cesión de un dominio útil, sino una tasa tributaria⁶³, siendo imposible jurídicamente, por tanto, que el *concesionario – enfiteuta*, por llamarlo así, pudiera redimir la concesión, refundiendo los dominios eminente y útil del dominio público en su persona, precisamente por la inalienabilidad insita en el demanio, redención y refundición anticipada de posesiones que – como antes quedó apuntado – sí podría realizar la Administración concedente.

Expuestos ya los problemas derivados de la posesión precaria forestal en los Montes Catalogados de Utilidad Pública, y apuntadas someramente las soluciones romanistas que arbitró nuestro Derecho histórico para la división de la propiedad de la tierra, que hemos tratado de ensamblar con la institución de la concesión de dominio público, tan solo recordar que – ya hace poco más de cuarenta años – la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero), trató de adelantar una solución para dar estabilidad a la pequeña explotación agrícola, arbitrando una concesión de dominio público sobre parcelas adquiridas por compraventa o expropiación forzosa por el extinto IRYDA (Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario), a favor de agricultores profesionales, concesión aquella con vocación de transformarse – ha de entenderse que previa desafectación de las correspondientes parcelas – en propiedad privada⁶⁴, y, así, y con el fin de constituir explotaciones familiares o comunitarias, dicha Ley preveía la adjudicación – mediante concesión administrativa – de las tierras demaniales adquiridas al efecto (artículos 20 y 29), concesión condicionada al cumplimiento por el concesionario de una serie de obligaciones (artículo 30), y de la cual podía disponer el concesionario – transmitiéndola *inter vivos* o *mortis causa* a favor de ciertos familiares (artículos 31 y 32) – concesión de dominio público que, y aquí radicaba su especialísima peculiaridad, podía llegar a convertirse en título de propiedad privada cuando, cumpliéndose determinados requisitos, hubiesen transcurrido ocho años desde la instalación del concesionario en la explotación, pagando un precio a cambio (artículo 34).

Sin embargo, no puede concluirse el presente estudio si traer a colación otra fórmula adelantada por el Derecho francés hace más de veinticinco años, que – tal y como ha tratado de bosquejarse aquí – ensambla la institución enfiteútica con la de la concesión del dominio público, y de la que ya nos dieron cuenta BARCELONA LLOP y FRANCH I SAGUER, solución aquella que partía de un dogma del citado Derecho, cual era el de la precariedad de la ocupación del dominio público – que impedía calificarla como un auténtico derecho real – imperando la regla de la interdicción de la constitución de derechos reales sobre el do-

minio público, prohibición ésta enfatizada por el Consejo de Estado en su decisión contenciosa recaída en el asunto *Association Eurolat – Crédit Foncier de France* – de 6 de mayo de 1985 – en la que se declaró incompatible con el dominio público la utilización de un contrato típicamente civil de *bail emphytéotique*, o de arrendamiento con particular, panorama éste que se va a subvertir tras la Ley de 5 de enero de 1988, de mejora de la descentralización, cuyo artículo 13 posibilitó el que las corporaciones locales pudieran constituir sobre sus bienes – fueran demaniales, fueran patrimoniales – un *baux emphytéotique*, o arrendamiento a largo plazo, a favor de particulares, a fin de realizar misiones de servicio público u operaciones de interés general, contrato aquel – considerado a efectos procesales como de naturaleza administrativa – que podría concertarse por una duración comprendida entre los dieciocho y los noventa y nueve años, solución ésta trasladada al dominio público estatal por la Ley 94 – 631, de 25 de julio de 1994, que consideraba la ocupación del dominio público como un auténtico derecho real administrativo, otorgando al concesionario, durante un máximo de setenta años, las prerrogativas y obligaciones propias de un propietario – si bien precariamente, pues continúa en manos de la Administración concedente la posibilidad de revocar unilateralmente la concesión – pudiendo el concesionario ceder, transmitir y gravar su derecho, admitiéndose así una suerte de *copropiedad* sobre el dominio público⁶⁵.

Por todo ello, se propone echar la vista atrás hacia las añejas instituciones romanas y medievales de división de la posesión de la tierra, a fin de poder dar una solución satisfactoria – que, en ningún caso, podría pasar por reconocer indebidamente titularidades dominicales privadas sobre el dominio público – al problema del precario en el demanio forestal catalogado, engarzándolo con la figura de la concesión administrativa de ocupación privativa del dominio público, arbitrándose al efecto las medidas normativas necesarias para acercar aquella a la institución enfitéutica, como ya se hizo en Francia, de modo que pudieran arbitrarse fórmulas de concesión directa de la posesión útil, a favor de los poseedores forestales precarios, sobre aquellas parcelas sin título dominical jurisdiccionalmente declarado suficiente o declarado de igual forma ineficaz.

6. BIBLIOGRAFÍA

ASÍS ROIG, Agustín E, De (1988): <<Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho Administrativo>>, *Revista de Administración Pública* núm. 116, Madrid, pp. 131-155.

BARCELONA LLOP, Javier (1995): <<Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 137, Madrid, pp. 549-576.

BAZ VICENTE, María Jesús (1996): *Señorío y propiedad foral de la alta nobleza en Galicia, siglos XVI – XX: la Casa de Alba*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Serie Estudios, núm. 121, Madrid.

BIESA HERNÁNDEZ, María del Carmen (2011): <<Mantenimiento en el uso de vivienda en régimen de comodato de la madre heredera del comodante fallecido frente al usufructo de viudedad aragonés de la viuda. A propósito de la Sentencia del TSJA de 18 de septiembre de 2008>>, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. XVII, Institución Fernando El Católico, Excma. Diputación Provincial de Zaragoza, Zaragoza, pp. 227-266.

BLANCO HIGUERA, Alfonso Luis (2013): <<La propiedad pública de los montes como condición necesaria para su catalogación, antes y después de la Ley de Montes de 2003>>, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, Valladolid, pp. 93 a 127.

CALVO SÁNCHEZ, Luis (2005): <<El dominio público forestal y los montes patrimoniales>>, en AAVV, *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (Estudios de Derecho forestal, estatal y autonómico)*, coordinados por Luis Calvo Sánchez, Editorial Aranzadi, S. A., Navarra, 1ª ed., pp. 469-524.

CAMACHO, Ángel María (1912): *Historia jurídica del cultivo y de la industria ganadera en España*, Memoria Premio del Conde de Torreánaz concedido por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, tercer concurso de dicha Fundación, Establecimiento Tipográfico de Jaime Rates, Madrid.

CASTILLO BLANCO, Federico A. (2004): <<El Patrimonio de las entidades locales tras la aprobación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas>>, en AAVV, *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas (comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*, dirigida por Juan Francisco Mestre Delgado, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley – Actualidad, S. A., Madrid, pp. 7-90.

CATALÁN SENDER, Jesús (2000): <<La legitimación por sustitución de los vecinos para la recuperación y defensa de los bienes de las

Entidades Locales. La acción vecinal del artículo 68.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local>>, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 283, Madrid, pp. 461-505.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco (1955): <<La recuperación administrativa de los bienes de las Corporaciones locales>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 16, Madrid, pp. 117-135.

CORBELLA, Arturo (1892): *Historia jurídica de las diferentes especies de censos*, Memoria premiada con accésit por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso ordinario de 1891, Imprenta y Litografía de los Huérfanos, Madrid.

COUDER, M. Rubén De (1883): *Compendio de lecciones escritas de Derecho Romano*, traducción anotada y concordada de la 5ª edición francesa por Don Álvaro Lope Orriols, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid.

DÍEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (1997): *Sistema de Derecho Civil, Volumen III, Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, 6ª edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid.

DOMAT, Jean (1841): *Las leyes civiles en su orden natural*, traducción anónima, Tomo I, Imprenta de José Tauló, Barcelona.

ESCRICHE MARTÍN, Joaquín (1874): *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los Doctores Don José Vicente y Caravantes y Don León Galindo y De Vera, Tomo Segundo, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid.

_____ (1876): *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los Doctores Don León Galindo y De Vera y Don José Vicente y Caravantes, Tomo Cuarto y último, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2004): <<Utilización de los bienes y derechos públicos: estudio de su régimen jurídico (artículos 84 a 109)>>, en AAVV, *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas (comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*, dirigida por Juan Francisco Mestre Delgado, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley – Actualidad, S. A., Madrid, pp. 813-978.

FRANCH I SAGUER, Marta (1996): <<Imbricación del dominio público y privado>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 139, Madrid, pp. 419-443.

GARCÍA GOYENA, Florencio (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico – Editorial, Madrid.

GOROSÁBEL, Pablo (1834): *Examen de los principios del Derecho Civil español*, Tomo II, por Juan Ignacio de Mendizábal, Tolosa (Guipúzcoa).

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito (1868): *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, 2ª edición, Tomo Segundo, Imprenta de A. Peñuelas, Librería de Sánchez, Madrid.

H. MARTÍNEZ, Víctor (1999): <<El dominio eminente>>, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Tomo XXXVII, año académico 1998, Editorial Advocatus, Córdoba (Argentina), pp. 233-237.

HALABÍ RIFFO, Fuad Marcos, y SAFFIRIO SUÁREZ, Carlos Alberto (1996): *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia*, Fundación Fernando Fueyo, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile (Chile).

HEINECCIO, Johann Gottlieb (1830): *Recitaciones del Derecho Civil*, traducida al castellano por D. L. C. B., Tomo II, Imprenta de P. Sanz, Madrid.

_____ (1836): *Elementos de Derecho Romano*, traducidos y anotados por J. A. S., 3ª edición, Imprenta de Don Eusebio Aguado, Madrid.

HORGUÉ BAENA, Concepción (2005): <<Las potestades administrativas para la protección de los montes públicos>>, en AAVV, *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (Estudios de Derecho forestal, estatal y autonómico)*, coordinados por Luis Calvo Sánchez, Editorial Aranzadi, SA, 1ª ed., Navarra, pp. 569-687.

LABOULAYE, Eduardo (1845): *Historia del derecho de propiedad en Europa*, Memoria premiada por la academia de Inscripciones y Bellas Artes en la sesión del día 10 de agosto de 1838, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid.

LAGRANGE, M. Eugène (1870): *Manual del Derecho Romano o explicación de las Instituciones de Justiniano por preguntas y respuestas*, traducción al castellano de la undécima edición francesa por Don José Vicente y Caravantes, Imprenta de R. Labajos, Librería de Victoriano Suárez, Madrid.

LEGUINA VILLA, Jesús (1972): <<Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 68, Madrid, pp. 9-55.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1989): <<Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas>>, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 243, Madrid, pp. 564-610.

MACKELDEY, Ferdinand (1844): *Elementos del Derecho Romano, que contienen la teoría de la Instituta, precedida de una introducción al estudio del mismo Derecho*, traducción anónima, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid.

MANGAS NAVAS, José Manuel (1984): *La propiedad de la tierra en España: los Patrimonios Públicos. Herencia contemporánea de un reformismo inconcluso*, Ministerio de Agricultura, Instituto de Estudios Agrarios, Pesqueros y Alimentarios, Madrid.

MANRESA Y NAVARRO, José María (1910): *Comentarios al Código Civil español, con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, 3ª ed., Tomo IV, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid.

_____ (1911): *Comentarios al Código civil español, con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, 2ª ed., Tomo XI, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid.

MARINA JALVO, Belén (2004): <<Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos (artículo 41)>>, en AAVV, *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas (comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*, dirigida por Juan Francisco Mestre Delgado, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley – Actualidad, S. A., Madrid, pp. 435-454.

MARTÍN MATEO, Ramón (1968): <<La cláusula de precario en las concesiones de dominio público>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 56, Madrid, pp. 93-121.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo (1868): *Diccionario de la Administración española, peninsular y ultramarina; compilación ilustrada de la Novísima legislación de España en todos los ramos de la Administración Pública*, 2ª ed., Tomo III, Imprenta de A. Peñuelas, Madrid.

MEILÁN GIL, José Luis (1973): <<Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 71, Madrid, pp. 59-99.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2004).a): <<La recuperación de la posesión (artículos 55 a 57)>>, en AAVV, *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas (comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*, dirigida por Juan Francisco Mestre Delgado, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley – Actualidad, S. A., Madrid, pp. 663-677.

_____ (2004).b): <<El desahucio administrativo (artículos 58 a 60)>>, en AAVV, *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas (comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*, dirigida por Juan Francisco Mestre Delgado, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley – Actualidad, S. A., Madrid, pp. 679-689.

MONTT OYARZÚN, Santiago (2002): <<La cláusula de precario y la utilización del dominio público: Límites constitucionales a una institución leonina>>, *Revista de Derecho*, año LXX, volumen II, núm. 212, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción (Chile), pp. 509-534.

MORENO PÁEZ, Leocadio Manuel (1957): <<Reivindicación del patrimonio municipal>>, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 95, Madrid, pp. 677-715.

ORTOLÁN, M. (1884): *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, traducción de Don Francisco Pérez de Anaya y Don Melquíades Pérez Rivas, 5ª ed., Tomo II, Librería de Don Leocadio López, editor, Madrid.

PAREJO GÁMIR, Roberto (1985): <<Transmisión y gravamen de concesiones administrativas>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 107, Madrid, pp. 7-78.

PÉREZ – SOBA DÍEZ DEL CORRAL, Ignacio (2006): <<La rectificación del Catálogo de Montes de Utilidad Pública en la provincia

de Zaragoza>>, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 28, Zaragoza, pp.195-280.

POTHIER, Robert Joseph (1845): *Tratado de los contratos de beneficencia*, traducida y anotada por una Sociedad de Amigos Colaboradores, Imprenta y Litografía de J. Roger, editor, Barcelona.

RAMOS PAZOS, René (1986): <<Del precario>>, *Revista de Derecho*, año LIV, núm. 180, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción (Chile), pp. 7-19.

RODRÍGUEZ ENNES, Luis (2007): <<El foro galaico: Una derivación natural de la enfiteusis greco – romana>>, *Revista de Estudios Histórico – Jurídicos*, núm. XXIX, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso (Chile), pp. 357-372.

RODRÍGUEZ VAAMONDE, Florencio (1883): *Estudio sobre la propiedad enfiteutica y las leyes de 20 de agosto y 16 de septiembre de 1873 relativas a la redención de foros y otras cargas territoriales*, Tipografía Gutenberg, Madrid.

ROSADO PACHECO, Santiago (1983): <<La concesión administrativa en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario>>, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 2, Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, pp. 411-432.

RUIZ BOURGEOIS, Julio (1962): <<Reflexiones sobre la propiedad minera>>, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXX, núm. 122, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción (Chile), pp. 3-30.

SÁNCHEZ DE OCAÑA, Ramón (1892): *Estudio crítico de las diversas especies de censos en la historia, en la legislación y en las costumbres*, Memoria premiada con accésit por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso ordinario de 1891, Imprenta y Litografía de los Huérfanos, Madrid.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Dolores Del Mar (1997): <<Acerca de la diferente naturaleza y configuración del foro altomedieval y romano – renacentista>>, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 12, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, pp. 27-68.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel (1998): <<La presunción posesoria otorgada por el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y la usucapión de montes públicos patrimoniales catalogados>>, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 25, Pamplona, pp. 245-280.

TOS Y URGELLÉS, Jayme (1826): *Tratado de la cabrevación según el Derecho, y estilo del Principado de Cataluña*, Imprenta de José Rubió, Barcelona.

VÁSQUEZ RÍOS, Alberto (1994): <<La posesión precaria>>, *Vox Juris. Revista de Derecho*, año 4, Facultad de Derecho, Universidad San Martín de Porres, Lima (Perú), pp. 165-177.

VERGARA BLANCO, Alejandro (1989).a): <<Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras>>, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 16, núm. 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile (Chile), pp. 777-796.

_____ (1989).b): <<Contribución a la historia del Derecho minero II: Fuentes y principios del Derecho minero español medieval y moderno>>, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 15, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile (Chile), pp. 295-321.

VILLAR PALASÍ, José Luis (1950): <<Naturaleza y regulación de la concesión minera>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 1, Madrid, pp. 79-116.

_____ (1951): <<La eficacia de la concesión y la cláusula “sin perjuicio de tercero”>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 5, Madrid, pp. 147-234.

NOTAS

1 HEINECCIO, Johann Gottlieb (1830): *Recitaciones del Derecho Civil*, traducida al castellano por D. L. C. B., Imprenta de P. Sanz, Madrid, Tomo II, p. 113; HEINECCIO, Johann Gottlieb (1836): *Elementos de Derecho Romano*, traducidos y anotados por J. A. S., 3ª edición, Im-

prenta de Don Eusebio Aguado, Madrid, p. 218; MACKELDEY, Ferdinand (1844): *Elementos del Derecho Romano, que contienen la teoría de la Instituta, precedida de una introducción al estudio del mismo Derecho*, traducción anónima, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, p. 246; COUDER, M. Rubén De (1883): *Compendio de lecciones escritas de Derecho Romano*, traducción anotada y concordada de la 5ª edición francesa por Don Álvaro Lope Orriols, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, p. 399; MANRESA Y NAVARRO, José María (1911): *Comentarios al Código civil español, con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, 2ª ed., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, Tomo XI, pp. 579 y 580.

2 GARCÍA GOYENA, Florencio (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico – Editorial, Madrid, Tomo IV, pp. 58 y 59; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 582; BIESA HERNÁNDEZ, María del Carmen (2011): <<Mantenimiento en el uso de vivienda en régimen de comodato de la madre heredera del comodante fallecido frente al usufructo de viudedad aragonés de la viuda. A propósito de la Sentencia del TSJA de 18 de septiembre de 2008>>, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. XVII, Institución Fernando El Católico, Excma. Diputación Provincial de Zaragoza, Zaragoza, pp. 233 y 234.

3 POTHIER, Robert Joseph (1845): *Tratado de los contratos de beneficencia*, traducida y anotada por una Sociedad de Amigos Colaboradores, Imprenta y Litografía de J. Roger, editor, Barcelona, p. 5.

4 HEINECCIO (1830): tomo II, pp. 114 y 115; HEINECCIO (1836): pp. 218 y 219; DOMAT, Jean (1841): *Las leyes civiles en su orden natural*, traducción anónima, Imprenta de José Tauló, Barcelona, Tomo I, pp. 226, 238 y 239; MACKELDEY (1844): pp. 246 y 247; COUDER (1883): pp. 400 y 405.

5 HEINECCIO (1830): tomo II, pp. 117 y 118; HEINECCIO (1836): p. 220; DOMAT (1841): tomo I, pp. 219 y 220; MACKELDEY (1844): pp. 246 y 249; POTHIER (1845): pp. 6 a 9; GARCÍA GOYENA (1852): tomo IV, p. 60; ESCRICHE MARTÍN, Joaquín (1874): *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los Doctores Don José Vicente y Caravantes y Don León Galindo y De Vera, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, Tomo 2º, pp. 347 y 348; COUDER (1883): pp. 407 a 409; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, pp. 586 a 589; son interesantes los estudios que la doctrina iberoamericana ha realizado so-

bre estas figuras, y – así – y en cuanto a la regulación que el Código Civil chileno realiza sobre el comodato y el precario, *vid.*, HALABÍ RIFFO, Fuad Marcos, y SAFFIRIO SUÁREZ, Carlos Alberto (1996): *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia*, Fundación Fernando Fueyo, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile (Chile), p. 3.

6 HEINECCIO (1830): tomo II, pp. 117 y 118; HEINECCIO (1836): p. 220; DOMAT (1841): tomo I, pp. 219 y 220; MACKELDEY (1844): pp. 246 y 249; POTHIER (1845): pp. 6 a 9; GARCÍA GOYENA (1852): tomo IV, p. 60; ESCRICHE MARTÍN, Joaquín (1874): *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los Doctores Don José Vicente y Caravantes y Don León Galindo y De Vera, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, Tomo 2º, pp. 347 y 348; COUDER (1883): pp. 407 a 409; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, pp. 586 a 589.

7 ESCRICHE MARTÍN, Joaquín (1876): *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los Doctores Don León Galindo y De Vera y Don José Vicente y Caravantes, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, Tomo 4º y último, p. 632; MARTÍN MATEO, Ramón (1968): <<La cláusula de precario en las concesiones de dominio público>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 56, Madrid, p. 102; en cuanto a la distinción apuntada en el Derecho chileno, *vid.*, RAMOS PAZOS (1986): pp. 8, 9 y 14, así como HALABÍ RIFFO y SAFFIRIO SUÁREZ (1996): pp. 1 a 4 y 11. En cuanto a dicha distinción en el Derecho peruano, *vid.*, VÁSQUEZ RÍOS (1994): pp. 166 a 169.

8 CALVO SÁNCHEZ, Luis (2005): <<El dominio público forestal y los montes patrimoniales>>, en AAVV, *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (Estudios de Derecho forestal, estatal y autonómico)*, coordinados por Luis Calvo Sánchez, Editorial Aranzadi, S. A., Navarra, 1ª ed., pp. 474 a 476; HORGUÉ BAENA, Concepción (2005): <<Las potestades administrativas para la protección de los montes públicos>>, en AAVV, *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (Estudios de Derecho forestal, estatal y autonómico)*, coordinados por Luis Calvo Sánchez, Editorial Aranzadi, SA, 1ª ed., Navarra, pp. 591 a 593 y 656 a 659; BLANCO HIGUERA, Alfonso Luis (2013): <<La propiedad pública de los montes como condición necesaria para su catalogación, antes y después de la Ley de Montes de 2003>>, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, Valladolid, pp. 102 y 103.

9 MANRESA Y NAVARRO, José María (1910): *Comentarios al Código Civil español, con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, 3ª ed., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, Tomo IV, pp. 131 y 149; Díez – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (1997): *Sistema de Derecho Civil, Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, 6ª edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, Volumen III, p. 117; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel (1998): <<La presunción posesoria otorgada por el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y la usucapión de montes públicos patrimoniales catalogados>>, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 25, Pamplona, p. 255; BLANCO HIGUERA (2013): p. 105.

10 Díez – PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (1997): p. 153; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (1998): p. 277; BLANCO HIGUERA (2013): pp. 108 a 110.

11 FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2004): <<Utilización de los bienes y derechos públicos: estudio de su régimen jurídico (artículos 84 a 109)>>, en AAVV, *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas (comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*, dirigida por Juan Francisco Mestre Delgado, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley – Actualidad, S. A., Madrid, pp. 845 a 851.

12 MANGAS NAVAS, José Manuel (1984): *La propiedad de la tierra en España: los Patrimonios Públicos. Herencia contemporánea de un reformismo inconcluso*, Ministerio de Agricultura, Instituto de Estudios Agrarios, Pesqueros y Alimentarios, Madrid, p. 259.

13 CALVO SÁNCHEZ (2005): pp. 498 a 500; PÉREZ – SOBA Díez DEL CORRAL, Ignacio (2006): <<La rectificación del Catálogo de Montes de Utilidad Pública en la provincia de Zaragoza>>, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 28, Zaragoza, p. 208; BLANCO HIGUERA (2013): p. 114.

14 MARTÍN MATEO (1968): p. 103; LEGUINA VILLA, Jesús (1972): <<Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 68, Madrid, p. 31; ASÍS ROIG, Agustín E, De (1988): <<Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho Administrativo>>, *Revista de Administración Pública* núm. 116, Madrid, pp. 132, 133 y 135; MONTT OYARZÚN, Santiago (2002): <<La cláusula de precario y la utilización del dominio público: Límites constitucionales a una institución leonina>>, *Revista de Derecho*, año LXX, volumen II, núm. 212, Facultad de Ciencias Jurídicas y

Sociales, Universidad de Concepción, Concepción (Chile), pp. 515 y 529.

15 MARTÍN MATEO (1968): p. 103; LEGUINA VILLA, Jesús (1972): <<Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 68, Madrid, p. 31; ASÍS ROIG, Agustín E, De (1988): <<Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho Administrativo>>, *Revista de Administración Pública* núm. 116, Madrid, pp. 132, 133 y 135; MONTT OYARZÚN, pp. 515 y 529.

16 MARTÍN MATEO (1968): pp. 106 y 109; LEGUINA VILLA (1972): pp. 31 y 32.

17 Y en tal sentido se pronuncian los Tribunales. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 1ª) 64/1999, de 22 de enero (RJCA\1999\136), Fundamento de Derecho Segundo. Todo ello, a pesar de que el artículo 55.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, hable de que las Administraciones públicas <<... podrán recuperar por sí mismas la posesión...>>, como si no fuera esta potestad recuperadora de obligado ejercicio.

18 CATALÁN SENDER, Jesús (2000): <<La legitimación por sustitución de los vecinos para la recuperación y defensa de los bienes de las Entidades Locales. La acción vecinal del artículo 68.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local>>, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 283, Madrid, pp. 466 y 468 a 480.

19 HEINECCIO (1830): tomo II, pp. 370 y 371; HEINECCIO (1836): p. 329; MACKELDEY (1844): pp. 140 y 141; LAGRANGE, M. Eugène (1870): *Manual del Derecho Romano o explicación de las Instituciones de Justiniano por preguntas y respuestas*, traducción al castellano de la undécima edición francesa por Don José Vicente y Caravantes, Imprenta de R. Labajos, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, p. 620; ORTOLÁN, M. (1884): *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, traducción de Don Francisco Pérez de Anaya y Don Melquíades Pérez Rivas, 5ª ed., Librería de Don Leocadio López, editor, Madrid, Tomo II, pp. 762 a 765; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, pp. 579 y 580.

20 HEINECCIO (1836): p. 330; LAGRANGE (1870): pp. 621, 622, 628 y 629; ORTOLÁN (1884): tomo II, p. 768.

21 HEINECCIO (1830): tomo II, pp. 372 a 375; HEINECCIO (1836): pp. 331 y 332; MACKELDEY (1844): pp. 143 y 144; LAGRANGE (1870): pp. 622 a 624 y 627; COUDER (1883): pp. 706 y 707; ORTOLÁN (1884): tomo II, p. 780.

22 FERNÁNDEZ ACEVEDO (2004): pp. 848 y 850; MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2004).a): <<La recuperación de la posesión (artículos 55 a 57)>>, en AAVV, *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas (comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*, dirigida por Juan Francisco Mestre Delgado, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley – Actualidad, S. A., Madrid, p. 670.

23 CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco (1955): <<La recuperación administrativa de los bienes de las Corporaciones locales>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 16, Madrid, pp. 119 y 120; MORENO PÁEZ, Leocadio Manuel (1957): <<Reivindicación del patrimonio municipal>>, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 95, Madrid, pp. 701 y 703; CASTILLO BLANCO, Federico A. (2004): <<El Patrimonio de las entidades locales tras la aprobación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas>>, en AAVV, *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas (comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*, dirigida por Juan Francisco Mestre Delgado, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley – Actualidad, S. A., Madrid, pp. 62 y 63; MARINA JALVO, Belén (2004): <<Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos (artículo 41)>>, en AAVV, *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas (comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)*, dirigida por Juan Francisco Mestre Delgado, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley – Actualidad, S. A., Madrid, pp. 446 y 447; MESTRE DELGADO (2004).a): p. 667; HORGUÉ BAENA (2005): pp. 641 y 642.

24 MARINA JALVO (2004): p. 448; HORGUÉ BAENA (2005): p. 655.

25 CASTILLO BLANCO (2004): p. 65; FERNÁNDEZ ACEVEDO (2004): pp. 850 y 851; MARINA JALVO (2004): p. 448; MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2004).b): <<El desahucio administrativo (artículos 58 a 60)>>, en AAVV, *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas (comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de*

noviembre), dirigida por Juan Francisco Mestre Delgado, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley – Actualidad, S. A., Madrid, pp. 688 y 689.

26 CASTILLO BLANCO (2004): p. 65; MARINA JALVO (2004): p. 449; MESTRE DELGADO (2004).b): pp. 688 y 689.

27 LAGRANGE (1870): p. 626 (nota 1); HALABÍ RIFFO y SAFFIRIO SUÁREZ (1996): p. 6; MONTT OYARZÚN (2002): pp. 510 a 512.

28 LABOULAYE, Eduardo (1845): *Historia del derecho de propiedad en Europa*, Memoria premiada por la academia de Inscripciones y Bellas Artes en la sesión del día 10 de agosto de 1838, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, p. 193; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, pp. 21 y 22; CAMACHO, Ángel María (1912): *Historia jurídica del cultivo y de la industria ganadera en España*, Memoria Premio del Conde de Torreánaz concedido por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, tercer concurso de dicha Fundación, Establecimiento Tipográfico de Jaime Rates, Madrid, pp. 51 y 52.

29 LABOULAYE (1845): pp. 179, 180, 183, 186, 202, 221, 256 y 261; SÁNCHEZ DE OCANA, Ramón (1892): *Estudio crítico de las diversas especies de censos en la historia, en la legislación y en las costumbres*, Memoria premiada con accésit por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso ordinario de 1891, Imprenta y Litografía de los Huérfanos, Madrid, pp. 81 a 84; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, pp. 22 y 23; CAMACHO (1912): pp. 50 y 51.

30 MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo (1868): *Diccionario de la Administración española, peninsular y ultramarina; compilación ilustrada de la Novísima legislación de España en todos los ramos de la Administración Pública*, 2ª ed., Imprenta de A. Peñuelas, Madrid, Tomo III, p. 128; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, p. 254; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 6.

31 GOROSÁBEL, Pablo (1834): *Examen de los principios del Derecho Civil español*, por Juan Ignacio de Mendizábal, Tolosa (Guipúzcoa), Tomo II, p. 185; GARCÍA GOYENA (1852): tomo III, p. 493; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito (1868): *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, 2ª edición, Imprenta de A. Peñuelas, Librería de Sánchez, Madrid, Tomo 2º, p. 604; MARTÍNEZ ALCUBILLA (1868): tomo III, pp. 128 y 129; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, p. 254; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, pp. 6, 7, 28 y 29.

32 DOMAT (1841): tomo I, pp. 216 y 217; GARCÍA GOYENA (1852): tomo III, p. 502; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1868): tomo 2º, pp. 653 y 668; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, pp. 254 a 256; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): p. 63; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, pp. 34 a 36.

33 GARCÍA GOYENA (1852): tomo III, pp. 498 y 499; CORBELLÁ, Arturo (1892): *Historia jurídica de las diferentes especies de censos*, Memoria premiada con accésit por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso ordinario de 1891, Imprenta y Litografía de los Huérfanos, Madrid, pp. 307 y 310; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): pp. 61 y 62; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 24.

34 DOMAT (1841): tomo I, p. 216; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1868): tomo 2º, pp. 637 y 640; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, p. 261; CORBELLÁ (1892): p. 326; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): pp. 67 y 69; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 34.

35 HEINNECIO (1836): p. 252; MACKELDEY (1844): pp. 183 y 184; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1868): tomo 2º, p. 607; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, p. 258; COUDER (1883): p. 501; RODRÍGUEZ VAAMONDE, Florencio (1883): *Estudio sobre la propiedad enfiteutica y las leyes de 20 de agosto y 16 de septiembre de 1873 relativas a la redención de foros y otras cargas territoriales*, Tipografía Gutenberg, Madrid, p. 7; CORBELLÁ (1892): p. 134; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): pp. 12 y 18; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 33; CAMACHO (1912): p. 23; RODRÍGUEZ ENNES, Luis (2007): <<El foro galaico: Una derivación natural de la enfiteusis greco – romana>>, *Revista de Estudios Histórico – Jurídicos*, núm. XXIX, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso (Chile), p. 361.

36 HEINNECIO (1836): p. 251; CORBELLÁ (1892): pp. 128 y 129; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): pp. 10 y 11; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 21; RODRÍGUEZ ENNES (2007): p. 359.

37 TOS Y URGELLÉS, Jayme (1826): *Tratado de la cabrevación según el Derecho, y estilo del Principado de Cataluña*, Imprenta de José Rubió, Barcelona, p. III; HEINNECIO (1836): p. 251; DOMAT (1841): tomo I, p. 212; LABOULAYE (1845): p. 76; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1868): tomo 2º, p. 630; CORBELLÁ (1892): pp. 128 y 129; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): pp. 10, 77 y 78; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 12.

38 LABOULAYE (1845): p. 75; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, p. 1080; COUDER (1883): p. 510; CORBELLÁ (1892): pp. 117, 118, 121, 124 y 125; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): p. 9; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 20; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Dolores Del Mar (1997): <<Acerca de la diferente naturaleza y configuración del foro altomedieval y romano – renacentista>>, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 12, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, p. 36.

39 HEINECCIO (1836): p. 251; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1868): tomo 2º, p. 606; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, p. 1080; COUDER (1883): pp. 502 y 503; CORBELLÁ (1892): p. 130; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): pp. 10 y 11; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 21; CAMACHO (1912): p. 23; SÁNCHEZ GONZÁLEZ (1997): p. 36; RODRÍGUEZ ENNES (2007): p. 361.

40 DOMAT (1841): tomo I, p. 213; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, p. 823; COUDER (1883): pp. 504 y 505; RODRÍGUEZ VAAMONDE (1883): p. 8; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 33.

41 GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1868): tomo 2º, pp. 608, 610 y 612 a 617; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, pp. 824 a 827; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, pp. 107, 112, 115, 116, 127, 128, 134, 170, 171, 178, 199 y 208.

42 TOS Y URGELLÉS (1826): pp. 1, 12, 77, 78 y 80; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): pp. 31, 32, 34 y 35; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, pp. 223 y 225; CAMACHO (1912): pp. 99 y 100.

43 GARCÍA GOYENA (1852): tomo III, pp. 508 y 512; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1868): tomo 2º, pp. 631 y 632; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, pp. 1079, 1080 y 1082; RODRÍGUEZ VAAMONDE (1883): p. 8; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): pp. 38 y 39; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 212; CAMACHO (1912): p. 270; BAZ VICENTE, María Jesús (1996): *Señorío y propiedad foral de la alta nobleza en Galicia, siglos XVI – XX: la Casa de Alba*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Serie Estudios, núm. 121, Madrid, pp. 148 y 149; SÁNCHEZ GONZÁLEZ (1997): pp. 36, 55 y 56; RODRÍGUEZ ENNES (2007): p. 364.

44 ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, p. 1081; RODRÍGUEZ VAAMONDE (1883): p. 15; CORBELLA (1892): p. 273; SÁNCHEZ GONZÁLEZ (1997): p. 38.

45 GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1868): tomo 2º, pp. 631 a 635; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, pp. 1083 a 1094; SÁNCHEZ GONZÁLEZ (1997): pp. 29, 31 a 35 y 39 a 44.

46 ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, p. 1097; RODRÍGUEZ VAAMONDE (1883): p. 35; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): pp. 56 y 57; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 214; SÁNCHEZ GONZÁLEZ (1997): p. 44.

47 MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, pp. 211 y 219.

48 GARCÍA GOYENA (1852): tomo III, pp. 494, 495, 504, 505 y 512; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): p. 53; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, pp. 25, 38, 39, 43 y 44; SÁNCHEZ GONZÁLEZ (1997): p. 44.

49 RODRÍGUEZ VAAMONDE (1883): pp. 5, 60, 62 y 66; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): p. 54; MARTÍNEZ ALCUBILLA (1868): tomo III, p. 130; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, p. 1096; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, p. 41; CAMACHO (1912): pp. 272 y 273; BAZ VICENTE (1996): pp. 242, 243, 290 y 291.

50 MARTÍNEZ ALCUBILLA (1868): tomo III, p. 133; ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, pp. 261 y 262; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): p. 73; MANRESA Y NAVARRO (1911): tomo XI, pp. 25, 38, 39, 43 y 44; SÁNCHEZ GONZÁLEZ (1997): p. 44.

51 ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, pp. 1084 y 1085; SÁNCHEZ DE OCAÑA (1892): pp. 51 y 52; CAMACHO (1912): p. 271; SÁNCHEZ GONZÁLEZ (1997): pp. 28, 44, 47 y 48.

52 ROSADO PACHECO, Santiago (1983): <<La concesión administrativa en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario>>, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 2, Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, p. 418.

53 H. MARTÍNEZ, Víctor (1999): <<El dominio eminente>>, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*,

Tomo XXXVII, año académico 1998, Editorial Advocatus, Córdoba (Argentina), pp. 234, 235 y 237.

54 ESCRICHE MARTÍN (1874): tomo 2º, p. 443; ESCRICHE MARTÍN (1876): tomo 4º, pp. 671, 672 y 816; VILLAR PALASÍ (1951): pp. 150 y 151.

55 VILLAR PALASÍ, José Luis (1950): <<Naturaleza y regulación de la concesión minera>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 1, Madrid, pp. 81 y 89; VILLAR PALASÍ (1951): p. 190; VERGARA BLANCO, Alejandro (1989).b): <<Contribución a la historia del Derecho minero II: Fuentes y principios del Derecho minero español medieval y moderno>>, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 15, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile (Chile), p. 295.

56 VILLAR PALASÍ (1950): p. 88; VILLAR PALASÍ (1951): p. 152; MEILÁN GIL, José Luis (1973): <<Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 71, Madrid, pp. 86 y 97; LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1989): <<Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas>>, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 243, Madrid, pp. 568 y 569.

57 VILLAR PALASÍ (1950): p. 90; MEILÁN GIL, José Luis (1973): pp. 82 y 83; LÓPEZ RAMÓN (1989): pp. 576 y 578; FERNÁNDEZ ACEVEDO (2004): pp. 916 y 920.

58 Salvo en aquellos supuestos en que se declaren de aplicación las prescripciones del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, tal y como prevé expresamente el artículo 4.1.o) del mismo, respecto de las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público.

59 VILLAR PALASÍ (1950): pp. 91 y 105; VILLAR PALASÍ (1951): pp. 156, 177 y 178; RUIZ BOURGEOIS, Julio (1962): <<Reflexiones sobre la propiedad minera>>, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXX, núm. 122, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción (Chile), pp. 21 y 23; PAREJO GÁMIR, Roberto (1985): <<Transmisión y gravamen de concesiones administrativas>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 107, Madrid, p. 24; LÓPEZ RAMÓN (1989): pp. 574 y 581; FERNÁNDEZ ACEVEDO (2004): pp. 930 y 933.

60 Y ello por no producirse una novación objetiva, sino tan solo subjetiva, en la concesión: VILLAR PALASÍ (1950): p. 110; VILLAR PALASÍ (1951): p. 200; PAREJO GÁMIR (1985): pp. 21, 55, 58, 60 y 61; FERNÁNDEZ ACEVEDO (2004): pp. 954 y 955.

61 VILLAR PALASÍ (1951): p. 157; MEILÁN GIL (1973): p. 82; VERGARA BLANCO, Alejandro (1989).a): <<Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras>>, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 16, núm. 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile (Chile), p. 781.

62 VILLAR PALASÍ (1951): p. 153; PAREJO GÁMIR (1985): pp. 27 y 45; VERGARA BLANCO (1989).a): pp. 780 y 788; FERNÁNDEZ ACEVEDO (2004): pp. 930 y 933.

63 VILLAR PALASÍ (1951): pp. 154 y 156; FERNÁNDEZ ACEVEDO (2004): p. 943.

64 ROSADO PACHECO (1983): pp. 427 y 430.

65 BARCELONA LLOP, Javier (1995): <<Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 137, Madrid, pp. 550, 561 a 565 y 568 a 571; FRANCH I SAGUER, Marta (1996): <<Imbricación del dominio público y privado>>, *Revista de Administración Pública*, núm. 139, Madrid, pp. 433 y 434.

LA LEY 4/2013 DE PATRIMONIO CULTURAL DE CASTILLA-LA MANCHA: UN NUEVO MARCO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DE LA ARQUEOLOGÍA PROFESIONAL

*Luis Benítez de Lugo Enrich **

* Dpto. de Prehistoria y Arqueología

UNED Ciudad Real. Aptdo. de Correos 238, 13300 Valdepeñas

(Ciudad Real, España). lbenitez@valdepenas.uned.es.

Asociación Profesional de Arqueología y Patrimonio de Castilla-La Mancha. www.apapclm.es

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA - NÚMERO 56 - DICIEMBRE 2014

RESUMEN

Este trabajo analiza el marco normativo de la Arqueología y su gestión en Castilla-La Mancha. Se aporta una revisión crítica tanto de la situación actual como de la anterior, que ha mediatizado la gestión arqueológica regional a lo largo de las últimas décadas. La discusión se centra en algunas de las principales novedades aportadas por la Ley 4/2013 de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha. Es el caso de la colaboración de las entidades locales y los particulares sobre la materia, los órganos asesores, las nuevas figuras de protección, el Catálogo y el Inventario del Patrimonio Cultural, el deber de conservación y permiso de acceso a bienes culturales, las autorizaciones de trabajos arqueológicos, los plazos de respuesta administrativa, las reconstrucciones de inmuebles, el papel de los funcionarios de Arqueología en su consideración como agentes de la Autoridad y el tratamiento de los detectores de metales. Se concluye el trabajo con unas reflexiones sobre el papel y las actuaciones de los principales agentes en materia de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha.

PALABRAS CLAVE

Legislación, Castilla-La Mancha, gestión, Patrimonio Histórico, análisis, revisión crítica.

ABSTRACT

This paper analyzes the Archaeological management and legal framework in Castilla-La Mancha (Spain). This work provides a critical review of both the current and the previous scenes. The discussion focuses on some of the major innovations introduced by the Law 2/2013 of Cultural Heritage of Castilla-La Mancha. This is the case of the collaboration of local entities and people on the matter, the advisory organs, the new figures of protection, the Catalog and Inventory of Cultural Heritage, the duty to conservation and permit the access to cultural goods, the autorizations of archaeological works, the Administration response times, the reconstructions of buildings, the role of officials in Archaeology in their consideration as agents of the Authority and the treatment of metal detectors. This paper concludes with some considerations on the role and actions of the main players in the field of Cultural Heritage in Castilla-La Mancha.

KEY WORDS

Legislation, Castilla-La Mancha, Heritage management, analysis, critical review.

1.- INTRODUCCIÓN:

La regulación de la actividad arqueológica en Castilla-La Mancha se había venido rigiendo desde finales de la década de los ochenta hasta mayo de 2013, en lo que a la normativa regional se refiere, principalmente por la Orden de 20 de febrero de 1989 para la regulación de las investigaciones arqueológicas y paleontológicas en Castilla-La Mancha y por la Ley 4/1990 de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha¹. Ambas normas fueron promulgadas siendo Consejero de Educación y Cultura el catedrático de Historia Contemporánea de la Universidad de Castilla-La Mancha Juan Sisinio Pérez Garzón.

La Orden de 1989, sucesora de una orden similar promulgada el año anterior, ha venido definiendo las condiciones para desarrollar in-

tervenciones arqueológicas en Castilla-La Mancha los últimos veinticuatro años, lo cual ha sido una notable deficiencia en la gestión de la Arqueología en Castilla-La Mancha. En primer lugar porque no se promulgó con ese fin, y también porque el panorama de la Arqueología ha cambiado profundamente en España a lo largo de las últimas décadas, dejando obsoleta a esa Orden hace ya varios lustros. Como botón de muestra pondré un ejemplo. El artículo 5º de aquella Orden de 1989 prescribía que quien precisara obtener una autorización para realizar trabajos arqueológicos debía presentar la solicitud *“durante el último trimestre del año anterior a aquél en el que se quiera realizar la investigación. En el primer trimestre del año la Consejería de Educación y Cultura resolverá sobre las solicitudes presentadas”*. Evidentemente la necesidad actual requiere poder presentar solicitudes en cualquier momento del año, no sólo en el último trimestre. Cuando se redactó la Orden el panorama arqueológico era exclusivamente el de unas pocas excavaciones arqueológicas, programadas un año para excavar durante unos meses del verano siguiente. Hace ya décadas que la Arqueología Preventiva hizo su aparición en Castilla-La Mancha, siendo desarrollada con un marco jurídico claramente insuficiente, obsoleto e incumplido desde la propia Administración regional. Esta norma ha sido la única sobre la materia y ha estado vigente durante veinticuatro años hasta su derogación, en mayo de 2013.

Al año siguiente de aparecer aquella longeva Orden fue promulgada la Ley 4/1990, de 30 de mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha. Esta ley fue un hito debido a que fue la primera en ser aprobada por una comunidad autónoma en el ejercicio de sus competencias sobre esta materia. Se aprobó antes, incluso, de esperar a una sentencia del Tribunal Constitucional que en 1991 modificó en cierta medida los niveles de competencias sobre el Patrimonio Histórico de las comunidades autónomas (Querol y Martínez Díaz, 1996: 130). Por ello puede considerarse que fue una ley precipitada, resultando además *“la menos elaborada”* de todas las que fueron surgiendo a partir de ese momento en la diferentes comunidades autónomas, destacando *“la escasez de novedades”* de este texto legal con respecto a la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español, de la cual en ocasiones llegó a ser una copia literal (*ibidem*). Esta ley, redactada como la anterior Orden a finales de la década de los ochenta, nunca llegó a ser complementada, durante sus más de dos décadas de vigencia, con un desarrollo reglamentario; un reglamento que hubiera quizás servido para solventar las deficiencias de la ley, incrementadas con el paso de los años por el dinámico panorama del sector arqueológico.

En anteriores legislaturas los profesionales de Castilla-La Mancha asistimos, esperanzados, a varios conatos de redacción de una nueva ley de Patrimonio o de un reglamento para la ley existente. Fueron todos intentos fallidos, que implicaron el pago de honorarios a gabinetes jurídicos externos o a expertos procedentes de universidades (no de la castellano-manchega). Estas tentativas pusieron en evidencia la falta de conciencia e interés real del Gobierno regional a la hora de dotar al Patrimonio de unas herramientas jurídicas y administrativas modernas, comparables a aquellas de las que se habían dotado otras comunidades autónomas. La promulgación de la Ley 4/2013 es la mejor prueba de que “*querer es poder*”, como reza el refranero castellano

La exposición de hechos presentados en las líneas precedentes permitirá al lector hacerse una idea del contexto y el clima en el que los profesionales del sector recibimos la recién aprobada Ley 4/2013 de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 100 con fecha 24 de mayo de 2013.

Para finalizar este apartado introductorio queremos mencionar que, a diferencia de lo sucedido con los borradores de reglamentos y leyes de Arqueología o Patrimonio surgidos en anteriores legislaturas, el anteproyecto de esta ley fue presentado a información pública con el fin de que la sociedad, los expertos o distintas organizaciones presentaran propuestas de mejoras. Varias de ellas fueron incorporadas al texto finalmente aprobado. De este proceso de mejora de la ley pueden ser resaltados dos hechos.

El primero se refiere al papel jugado por la Universidad de Castilla-La Mancha en la redacción de esta ley. En esta universidad la profesora R. García Huerta es la que imparte la asignatura ‘*Gestión y conservación del Patrimonio Histórico*’. La Universidad regional está reconocida como institución consultiva por la norma ahora aprobada, pues en esta universidad “*se supone la presencia de personas expertas y conocedoras de estos temas, en su contenido o en su forma legal. (...) La universidad debe ser en estas materias colaboradora y crítica*” (Peris, 2013: 23). Ninguna ha sido la aportación de la Universidad de Castilla-La Mancha a esta ley.

La segunda cuestión que llama la atención es que la persona de la oposición que en las Cortes de Castilla-La Mancha recibió el cometido de debatir con el Gobierno regional esta ley fue Amaya Villanueva Peña. Esta diputada socialista es periodista y política, concejala en la oposición del Ayuntamiento de Almansa (Albacete); ha sido miembro en varias comisiones de las Cortes (Industria y Energía, Turismo y Arte-

sanía, Mujer, Cultura, Juventud y Deporte) (Cortes de Castilla-La Mancha, 2013). Su experiencia personal referida al Patrimonio Histórico es escasa, lo que de nuevo pone de manifiesto la importancia que su grupo político en la región ha venido hasta ahora otorgando a las cuestiones referidas a esta materia.

A diferencia de lo que sucedió en 1991, cuando la primera Ley de Patrimonio Histórico fue aprobada por unanimidad, la segunda ley de Patrimonio ha contado en las Cortes con el voto en contra de la oposición socialista, que presentó 54 enmiendas a su contenido. Una de las que se ha dado a conocer es que, en su opinión, la Ley debía llamarse Ley de Patrimonio Histórico, en vez de Ley de Patrimonio Cultural.

2.- APORTACIONES DE LA LEY 4/2013 A LA ARQUEOLOGÍA CASTELLANO-MANCHEGA:

Al ser el panorama jurídico de partida de pobreza y escasez, las aportaciones que Ley 4/2013 ha traído a Castilla-La Mancha resultan importantes. Sin ánimo de realizar una revisión completa del nuevo texto legal, que resultaría inviable por falta de espacio, a continuación expondremos y comentaremos de forma preliminar los aspectos más significativos en lo que a la Arqueología se refiere.

2.1.- Colaboración con entidades locales y particulares:

Podemos comenzar señalando que las entidades locales (ya no sólo los ayuntamientos a los que se refería el anterior texto legal, sino también las diputaciones, mancomunidades, asociaciones de municipios, etc.), además de colaborar de forma genérica para cumplir los objetivos de la ley, ahora también deben comunicar a la Consejería competente cualquier hecho que pueda poner en peligro la integridad de los bienes integrantes del Patrimonio. Es sabido que si una norma no dispone una sanción para los casos de incumplimiento se convierte en papel mojado, sin utilidad real. No es este el caso. Los casos de incumplimiento de este precepto se consideran falta grave, sancionable con hasta 150.000 euros.

El particular también está obligado en el mismo sentido, pero en su caso el incumplimiento se considera falta leve, sancionable con hasta 6.000 euros.

2.2.- Órganos asesores:

La Ley 4/2013 ha creado dos órganos asesores en materia de Patrimonio, cuyas funciones, funcionamiento y composición se establecerán reglamentariamente: el Consejo Regional de Patrimonio Cultural y la Junta de Valoración de Bienes del Patrimonio Cultural. El Consejo ya fue creado por la Ley 4/1991, si bien, tras algunos pasos para ponerlo en marcha, el Gobierno regional nunca llegó a hacerlo funcionar. La Junta de Valoración es nueva en la región, y probablemente su constitución tenga relación, entre otras cosas, con el derecho a percibir un premio reconocido a partes iguales al propietario y al descubridor de un hallazgo casual. Ese premio se ha establecido en la mitad del valor que en tasación legal se atribuya al bien. A falta de un Cuerpo de Peritos Tasadores de Bienes del Patrimonio Cultural previsiblemente será esta Junta el organismo al que se encomienden estas tasaciones.

2.3.- Figuras de protección:

Algo polémicas han sido las nuevas figuras de protección de los bienes arqueológicos integrados en el Patrimonio Cultural, que han sido modificadas con respecto a la situación anterior. Si a efectos prácticos la protección real se limitaba antes a dos tipos -los elementos inventariados en carta arqueológica y los bienes de interés cultural- ahora las categorías contempladas por la nueva ley son tres. Los Bienes de Interés Cultural (BIC) son aquellos “*singulares y sobresalientes*”, mientras que los Bienes de Interés Patrimonial (BIP) son los simplemente “*relevantes*”. Finalmente, los Elementos de Interés Patrimonial (EIP) podrán ser aquellos que, sin ser dignos de alcanzar las categorías anteriores, sí cuentan con algún valor patrimonial.

La subjetividad -y, por tanto, la indeseable indefinición- de estos conceptos recogidos por la norma es grande.

Es llamativo que BICs y BIPs podrán ser declarados tanto bienes muebles, como inmuebles o bienes inmateriales, pero no podrán ser declarados EIPs los bienes muebles ni los inmateriales. Esta última es una categoría restringida a inmuebles.

2.4.- Catálogo e Inventario del Patrimonio Cultural:

Otra novedad es la creación del Catálogo del Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, en el cual se inscribirán los BICs, BIPs y EIPS. El Director General de Cultura ha explicado que para desarrollar el Catálogo se han previsto 55.000 euros: 7.000 euros en 2014, 30.000 euros en 2015 y 18.000 euros en 2016. En 2013 no hay posibilidad de aplicar presupuesto alguno a este proyecto.

Este Catálogo, que incluirá a los elementos señeros del Patrimonio castellano-manchego, no sustituye al Inventario del Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha (la antigua carta arqueológica), instrumento de gestión que aparece recogido en la nueva ley de forma perfeccionada. Por fin esta ley ha dotado de base jurídica a las figuras de los ámbitos arqueológicos, que venían manejándose desde hace más de una década sin fundamento legal alguno. Según la nueva ley, los Ámbitos de Protección son aquellas áreas en las que está probada la existencia de elementos de valor patrimonial, mientras que los Ámbitos de Prevención son las zonas en las que sólo existe una presunción razonada de la existencia de esos bienes.

2.5.- Deber de conservación y permiso de acceso a bienes culturales:

Esta ley es mucho más exigente que la anterior con el deber de conservación de los propietarios o poseedores de los bienes arqueológicos. Ya no sólo estarán obligados a su mantenimiento en buenas condiciones, sino que se ha dotado a la Administración competente de herramientas jurídicas importantes para garantizar la conservación del Patrimonio, tales como la ejecución subsidiaria a costa del obligado o la imposición de multas mensuales coercitivas de hasta 6.000 euros.

Los propietarios y poseedores del Patrimonio están obligados además a permitir el acceso a esos bienes en varios casos. En este punto cabe destacar la posibilidad que ahora tienen los investigadores autorizados por la Consejería para acceder legalmente a su objeto de estudio allá donde se encuentre, siempre y cuando en su autorización se expresen los límites de su acceso y de su ámbito de actuación. Nos tememos que, en un Estado capitalista como es el nuestro, los derechos que conferidos a la propiedad privada colisionarán frontalmente con este precepto legal. Sin una orden de un Juez no se puede entrar en casa de nadie, por mucho que lo firme el Director General de Cultura.

2.6.- Autorizaciones de trabajos arqueológicos:

En algunos aspectos la Ley 4/2013 es detallada casi hasta el punto de parecer más bien un Reglamento. Es el caso, por ejemplo, de la minuciosa descripción de los apartados o epígrafes con que debe contar todo estudio arqueológico a la hora de solicitar autorización para realizar una intervención: justificación, descripción histórica y estado de conservación, estudios previos, propuesta técnica (con indicación de metodología, productos y materiales), efectos previstos y programa de mantenimiento.

El descendimiento a este nivel de detalle no nos parece incorrecto, por varios motivos. En primer lugar porque la experiencia previa pone de manifiesto que en esta región los reglamentos pueden tardar en llegar o no llegar nunca, y en todo caso ha de recibirse con satisfacción la exigencia de unos mínimos niveles de calidad técnica a la hora de presentar proyectos. Además, no son pocas las leyes de Patrimonio de otras comunidades autónomas que han incorporado disposiciones parecidas, como es el caso del art. 41.2 de la Ley 5/2007 de Modificación de la Ley 4/1998 de Patrimonio Cultural Valenciano, o del art. 55 de la Ley 12/2002 de Patrimonio Cultural de Castilla y León.

El mencionado estudio deberá ser aportado por el promotor o propietario, a quien se exige garantizar la concurrencia de un equipo multidisciplinar. Si bien es cierto que ya era hora de que se exigiera la concurrencia de especialistas en restauración de bienes culturales en todas las excavaciones arqueológicas, por poner un ejemplo de interdisciplinariedad posible, no es menos cierto que otros tipos de proyectos arqueológicos (no de excavación) no requieren la presencia de especialistas diferentes del arqueólogo. Habrá que ver cómo se concilia esta realidad con la exigencia plasmada en el nuevo cuerpo legal, y si no da lugar al establecimiento de vicios (*“quien hace la ley hace la trampa”*). Recordemos, por ejemplo, que fue la propia Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha quien durante muchos años dotaba a sus denominadas “excavaciones sistemáticas” (como si las de los demás no fueran sistemáticas) de al menos dos contratos de especialista: uno de titulado superior en Arqueología y otro de titulado medio en Restauración de Bienes Culturales. El resultado, frecuentemente, era la contratación de dos arqueólogos por el coste de uno y medio; es decir, con menos sueldo y contrato de titulado medio trabajaba desarrollando funciones arqueológicas alguien contratado como especialista en Restauración de Bienes Culturales, finalizando la campaña sin restaurar nada. Todo un ejemplo de intrusismo profesional generado por la propia Administración, en un

contexto propiciado por las dificultades laborales de los profesionales de la Arqueología -que optaban por trabajar aunque fuera con papeles de una plaza con otro perfil y menor nivel- tanto como por la incapacidad del colectivo de los Restauradores de Bienes Culturales para ejercer su profesión ante las condiciones exigidas por la Administración regional (variables posibles: lugar de empadronamiento, ser mujer, etc.).

Las autorizaciones de trabajos arqueológicos pueden a partir de ahora estar referidas a diferentes tipos de acciones: limpiezas y acondicionamientos previos, prospecciones variadas, sondeos estratigráficos, obtenciones de muestras, excavaciones, controles de movimientos de tierras, análisis de inmuebles, estudios de arte rupestre y, finalmente, un cajón de sastre: *“cualquier otra intervención cuya finalidad sea documentar, investigar, proteger o descubrir”* elementos patrimoniales. Alguna vez un técnico arqueólogo llegó a advertir que *“hasta para tirar una foto a una ermita has de pedirme permiso”*. La nueva ley expresa, como no podía ser de otra manera, las diferentes tipos de actuaciones que pueden hoy en día pueden llevarse a cabo sobre el Patrimonio Histórico, actualizando las opciones disponibles en la anterior ley (excavación y prospección, básicamente) y facultando a la Administración competente para supervisarlas todas, hasta las más ligeras y de menor impacto.

La Consejería podrá sancionar no autorizando la expedición de nuevos permisos a nombre de personas responsabilizadas de cometer infracciones graves (hasta tres años sin permisos de trabajo) o muy graves (hasta cinco años sin permisos de trabajo).

2.7.- Plazos de respuesta administrativa:

La cuestión de los plazos de respuesta de la Administración es otra novedad que contempla la nueva ley. Se fija en tres meses el plazo máximo para resolver y notificar. El plazo fijado podría haber sido menor, pero lo que parece grave es lo que sucede en caso de incumplimiento cuando se excede ese plazo: la desestimación de la solicitud por silencio administrativo.

Habida cuenta que la Administración regional ha tardado en ocasiones hasta nueve meses en responder solicitudes para trabajar, el tratamiento de este asunto resulta ambivalente: está bien que se fijen los plazos, pero en caso de incumplimiento la situación gravosa se encuentra del lado del administrado. En no pocas ocasiones la Administración competente en materia de Patrimonio Cultural ha excedido el plazo de

tres meses en sus respuestas a expedientes que habían sido adecuadamente presentados. Esos expedientes se resolvieron con normalidad, a excepción de la demora en su tramitación. Este anteproyecto colocaría a partir de ahora en estos casos al ciudadano y a los profesionales en la tesitura de tener que presentar la misma documentación una y otra vez.

Cabe recordar en este punto que la normativa y filosofía Franquista de Procedimiento Administrativo, bien plasmada en la antigua Ley de 1958, preveía el silencio administrativo en sentido desestimatorio. El tiempo, la Doctrina, los Tratadistas y la Democracia han evolucionado en sentido contrario, en favor del administrado. Así, la vigente Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común exige en su art. 42.1 (en su redacción según la más reciente Ley 25/2009) que *“la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación (...)”*. Sólo admite el silencio en sentido desestimatorio en aquellos casos *“en los que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general, o una norma de Derecho Comunitario, establezcan lo contrario”* (art. 43.1). Y no nos encontramos en ninguno de estos dos casos. En todo caso es deseable que la Administración indique qué motivos llevan a desestimar una petición referida a una actuación sobre el Patrimonio Cultural, a fin de que el administrado pueda subsanar eventuales errores o deficiencias en la documentación presentada. Lo contrario se presta al abuso de poder, favorece la falta de diligencia en la gestión administrativa y, desde luego, genera evidente incertidumbre, indefensión y desamparo al administrado.

Las desestimaciones injustificadas y por silencio administrativo ante propuestas de actuaciones sobre el Patrimonio Cultural favorecen las actuaciones arbitrarias y podrían llegar a producir un ánimo en la sociedad contrario al Patrimonio Cultural y al espíritu general de esta Ley. Además, contravienen directamente la Carta de los Derechos del Ciudadano de Castilla-La Mancha. Este texto legal expresa claramente los derechos de los administrados a recibir una atención adecuada, a ser atendidos con diligencia y también a recibir contestación a una petición o consulta. Por ello no se entiende la finalidad de este precepto, que ha consagrado la posibilidad de que la Administración competente en materia de Patrimonio Cultural ignore una solicitud o petición de actuación de un ciudadano y no suceda nada.

La Administración debe hacerse consciente de que tanto los plazos dilatados de respuesta a la hora de tramitar los expedientes (antes) como los eventuales silencios administrativos (ahora) son factores claves

para que la ciudadanía perciba el Patrimonio Histórico como un estorbo. De esa forma se dificultan la conservación y la función social de nuestro legado cultural.

2.8.- Reconstrucciones de inmuebles:

En otro orden de cosas, llama la atención que la Ley 4/2013 indique que se evitarán los intentos de reconstrucción en edificios de interés histórico, permitiéndose sólo aquellos indispensables para la estabilidad y el mantenimiento del inmueble. Aplicando este criterio el Parque Arqueológico de Alarcos (Ciudad Real) -por poner un ejemplo de proyecto liderado por la Administración regional- sería hoy otro (mucho menos atractivo, posiblemente); recordemos que en el momento de iniciarse a mediados de la década de los ochenta en ese cerro los trabajos arqueológicos en el lugar en donde hoy se alza un castillo no existía en superficie ni un muro, habiéndose levantado mediante una sucesión de escuelas-taller las torres y murallas descubiertas.

2.9.- Funcionarios de Arqueología, agentes de la autoridad:

Otra de las novedades de la Ley 4/2013 es la consideración de agentes de la autoridad a los funcionarios de la Consejería de Cultura, quienes han quedado habilitados para recabar información y documentación. Entre sus funciones se encuentran las de vigilancia e inspección, la de información y propuesta de medidas cautelares, correctivas y sancionadoras o el levantamiento de actas de inspección, que tendrán presunción de veracidad. Estos nuevos agentes de la autoridad estarán provistos de la correspondiente acreditación identificativa.

Sobre este asunto pueden realizarse tres consideraciones. La primera es que a los funcionarios de la Consejería se les ha dado de golpe mucho más poder del que tenían, aunque también más responsabilidad y trabajo. La nueva ley va a modificar sus condiciones laborales.

Para ilustrar la segunda consideración expondré un hecho sucedido en 2012. Me encontraba realizando una vigilancia arqueológica a una gran obra cuando se produjo un posible hallazgo paleontológico, que derivó en la paralización cautelar de una parte de la obra. Casualmente ese día la obra iba a ser inspeccionada por E.D.P., que por aquel entonces era técnico superior de Arqueología de la Dirección General de Cultura. Este funcionario llegó al lugar del supuesto hallazgo paleon-

tológico ante una gran expectación, pues la paralización o el avance de la obra dependían de su criterio. Cuando bajó del vehículo (particular y no rotulado) hube yo de presentarle al Jefe de Obra, al agente medio-ambiental del Gobierno regional presente en el lugar de los hechos y al resto de personas allí congregadas, quienes por conocerme confiaron en mi palabra cuando les dije que quien me acompañaba era un funcionario de la Dirección General. Perfectamente podía no haberlo sido. Este tipo de situaciones no son deseables, pues dan amplio margen al engaño y restan autoridad a quien ha de tenerla y debe poder identificarse por sí mismo ante los demás como autoridad en la materia. Me consta la perplejidad que sintió el funcionario que hubo de ser identificado ante terceros por el técnico cuya labor se proponía inspeccionar. La nueva ley ha atajado este tipo de disfunciones administrativas, motivo por el cual hemos de felicitarnos.

El caso que acabo de exponer sirve, además, para poner de manifiesto que la Administración está falta de personal especializado, pues los arqueólogos no somos especialistas en Paleontología, y no tenemos porqué saber diferenciar huevos jurásicos de improntas dejadas por burbujas de aire en el barro fósil de un lago somero del Secundario. Las exigencias de la nueva norma razonablemente debería llevar pareja la incorporación de personal especializado en los diferentes campos del Patrimonio, que en este momento brilla por su ausencia en la Consejería.

La tercera consideración a la que quería referirme con motivo de la concesión a los funcionarios de la condición de agentes de la autoridad puede ilustrarse también con un ejemplo práctico real, y viene al caso de la presunción de veracidad de la que gozarán las actas de inspección levantadas por los funcionarios de Arqueología. En varias ocasiones se ha dado el caso de que denuncias realizadas por mí sobre afecciones al Patrimonio Arqueológico han sido minusvaloradas, o incluso negadas, por funcionarios de la Consejería de Cultura, ya fuera por ignorancia, por consignas políticas o por algún otro tipo de consideración personal. En todos los casos el Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA) de la Guardia Civil corroboró mi denuncia, dejando en el lugar correspondiente la credibilidad de los funcionarios de Cultura. Varias de estas situaciones han sido ya publicadas (Benítez de Lugo, 2011b: 17-19). Quizás la más llamativa fue la desaparición completa de la necrópolis islámica de la ciudad de Almedina (Ciudad Real), inventariada por nuestro equipo al elaborar la carta arqueológica y destrozada al coger tierras del lugar en donde se hallaba, con el fin de arreglar una carretera; una obra de la Diputación carente de control arqueológico. La inspección del lugar por parte de la Consejería negó

que se apreciaran daños al Patrimonio Arqueológico (la necrópolis había desaparecido). Sin embargo la Guardia Civil (SEPRONA) profundizó en su investigación y así pudo documentar trocitos de huesos humanos dispersos bajo el aglomerado y en el talud de la nueva carretera, demostrando una vez más por qué es la institución más valorada en nuestro país. Hay otros casos similares a este: por ejemplo, el de un funcionario arqueólogo que tenía entre sus cometidos controlar una gran infraestructura lineal (un oleoducto interregional) con motivo del cual se ejecutaron estudios arqueológicos previos y vigilancia de la obra, a pesar de lo cual su zanja atravesó y cortó en 2010 sin documentación previa alguna en Santa Cruz de Mudela (Ciudad Real) niveles y estructuras arqueológicos pertenecientes a un yacimiento arqueológico descubierto en 1999, excavado parcialmente con motivo de otra obra, informado e incorporado a la carta arqueológica, sin que en la obra de 2010 ni los arqueólogos responsables de la vigilancia de la obra ni el funcionario responsable de esa gestión se percataran del riesgo ni de los daños, que hubieron de ser objeto de denuncia. También en este caso la Guardia Civil (SEPRONA) constató el alcance de los daños producidos; daños que resultaron minusvalorados en el informe administrativo presentado al Juzgado de Instrucción y correspondiente a una gestión que había resultado claramente deficiente, sin consecuencias para sus responsables. Los dos casos narrados son sólo dos botones de muestra que ponen de manifiesto, además de disfunciones administrativas varias, el peligro y los riesgos que tiene conceder el poder de la presunción de veracidad a las actas redactadas por funcionarios que pueden verse movidos perfectamente por criterios e intereses ajenos a la protección del Patrimonio Histórico. En los casos narrados esos intereses fueron de diferente tipo: en un caso la filiación política de la Junta con un alcalde o diputación responsables de agresiones al Patrimonio, y en otro el intento de un funcionario y la Administración que lo respalda de justificar una actuación laboral cuestionable. No hubiera estado de más que la nueva Ley contemplara consecuencias para eventuales casos de malas prácticas administrativas de los funcionarios en el ejercicio de su actividad inspectora, tanto por dejadez como por ausencias flagrantes de inspección, o en casos de inspecciones con resultados manifiestamente parciales o deficientes (Benítez Lugo, *et al.*, 2014).

2.10.- Detectores de metales:

La existencia en Andalucía de una legislación administrativa restrictiva en lo que al uso de los detectores de metales se refiere, unido a la falta total de regulación administrativa en Castilla-La Mancha, había

provocado en la región castellano-manchega un “efecto llamada” a furtivos andaluces, varios de los cuales han sido detenidos por la Guardia Civil en los últimos años, principalmente en las provincias del sur de la región. El caso es que algunos detectoristas han venido expoliando durante estos años de atrás el Patrimonio castellano-manchego sin grandes contratiempos, ni impedimentos legales procedentes de la normativa sectorial de Patrimonio Histórico.

A partir de mayo de 2013 esta situación ha cambiado drásticamente. El uso de un detector de metales en cualquier ámbito arqueológico de Castilla-La Mancha deberá ser autorizado por la Consejería con competencias en materia de Patrimonio. La utilización de detectores sin permiso se considera falta leve, sancionable con hasta 6.000 euros. Usar el detector dentro de un lugar incluido en el Catálogo de Patrimonio tiene una consideración de falta grave, sancionable hasta con 150.000 euros. Y si además de usarlo sin permiso se han producido remociones de terreno con daños al Patrimonio la infracción será muy grave, sancionable con hasta 1.000.000 de euros. En todo caso los detectores de metales usados sin autorización podrán ser decomisados. En consecuencia, más vale a los propietarios de los detectores que se lo piensen antes de usarlos fuera de un proyecto arqueológico debidamente autorizado. En el marco de una investigación científica reglada este tipo de técnicas y expertos pueden ser de gran ayuda para el avance de los conocimientos arqueológicos (Rodríguez Morales *et al.*, 2012; Benítez de Lugo *et al.*, 2012b: 277).

3.- CONCLUSIÓN:

En las páginas precedentes se han expuesto y comentado algunas de las novedades que la Ley 4/2013 ha aportado al panorama arqueológico de Castilla-La Mancha. Debido a lo limitado del espacio disponible el análisis se ha fijado sólo en parte del articulado de la ley (Benítez de Lugo, 2013^a y 2013b).

Como consideración general, es posible señalar que esta nueva Ley 4/2013 multiplica los instrumentos jurídicos con que se dota a la Administración competente en la conservación del Patrimonio Cultural, y supone el complemento normativo necesario al innovador Código Deontológico de la Arqueología y Patrimonio de Castilla-La Mancha

recientemente aprobado en esta región (Benítez de Lugo *et al.*, 2012a). Este Código aborda aquellos aspectos que, por implicar más a la ética que a la norma, no son definidos por ésta.

Lo que está por ver es que la Administración regional cambie con esta nueva ley su conducta habitual de transigir con expolios y destrucciones, como fue el caso de las escandalosas que hemos conocido en los últimos años de poblados prehistóricos enteros (caso de las excepcionales motillas) removidos con maquinaria pesada porque molestaban para instalar un pivot de riego encima de un acuífero sobreexplotado (Benítez de Lugo, 2011a: 155); o para conseguir más superficie en la que plantar girasoles (Benítez de Lugo, 2011a: 154 y 2011b: 455); o de la destrucción de una necrópolis en Toledo para construir un centro artístico en el caso del Quixote Crea, por poner sólo algunos ejemplos. Ante este tipo de sucesos la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha no sólo evitó abrir expediente de cualquier tipo o sancionar a agricultores, sino que también eludió personarse en las diligencias penales abiertas con motivos de éstos expolios, que finalmente resultaron sobreseídos ante la falta de denunciante cualificados en materia de Patrimonio Histórico. El Gobierno regional debe cambiar esta actitud, además de la ley.

En Castilla-La Mancha no ha habido prácticamente oposición social a la aprobación de la nueva ley de patrimonio, pues era una norma largamente esperada. La discusión más relevante se ha centrado en su nombre -si debía llamarse Ley del Patrimonio Histórico o del Patrimonio Cultural- lo cual da una idea de nivel del debate habido. La Sección de Arqueología del Colegio Oficial de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras y en Ciencias de Castilla-La Mancha no se ha pronunciado públicamente sobre este asunto. Es decir, el nivel de oposición a esta ley se encuentra lejos del rechazo suscitado por la vecina Ley de Patrimonio Histórico que el Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobó, con la crítica pública y unánime del Colegio Profesional de Arqueólogos de Madrid, de la Asociación Madrileña de Trabajadoras y Trabajadores de la Arqueología, PSOE, IU o la plataforma Madrid, Ciudadanía y Patrimonio, entre otros colectivos (Sección de Arqueología CDLM, 2013), llegando el Tribunal Constitucional a anular el 20% de su articulado. Aún siendo la castellano-manchega y la madrileña dos normas jurídicas creadas por el mismo partido político y en un momento similar el resultado es claramente diferente. Las críticas vertidas sobre el texto madrileño (desprotección del Patrimonio, desmantelamiento de un modelo eficaz de gestión, etc.) no son extrapolables al caso castellanomanchego. La nueva norma de Castilla-La Mancha es un instrumento moderno, innovador y que supone una clara mejoría con respecto a la situación ex-

istente en legislaturas anteriores. Por ello hemos de felicitarnos y esperar que la nueva ley funcione como de ella se espera: siendo aplicada por el Gobierno y la Administración regionales realmente con transparencia y para la protección, fomento y puesta en valor del Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha.

Valdepeñas, 27 de mayo de 2013.

4.- BIBLIOGRAFÍA:

BENÍTEZ DE LUGO ENRICH, L. (2011a): “Las motillas del Bronce de La Mancha: treinta años de investigación arqueológica”. *Bibliotheca Praehistorica Hispana-BPH vol. XXVIII*, pp. 141-162. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. <http://www.estudio-arqueologia.es/pdfs/las_motillas_del_bronce.pdf>. [Consulta: 25-5-2013].

BENÍTEZ DE LUGO ENRICH, L. (2011b): “Protección y gestión de la Arqueología en Castilla-La Mancha: el caso del Campo de Montiel (Ciudad Real). Inercias y resistencias”. *Revista de Estudios del Campo de Montiel (RECM)* nº 2, pp. 11-53. <http://www.estudio-arqueologia.es/pdfs/recm-2011_benitez%20de%20lugo.pdf>. [Consulta: 25-5-2013].

BENÍTEZ DE LUGO ENRICH, L., GARCÍA-SOTO MATEOS, E., LÓPEZ PRECIOSO, F.J., ROJAS RODRÍGUEZ-MALO, J.M., URBINA MARTÍNEZ, D. y URQUIJO ÁLVAREZ DE TOLEDO, C. (2012a): “El Código Ético de la Arqueología y el Patrimonio en Castilla-La Mancha”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* nº 51, pp. 11-28. Universidad de Castilla-La Mancha y Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Toledo. <<http://www.estudio-arqueologia.es/pdfs/2012%20RJCLM%2051%20jul2012%20Codigo%20Etico%20Arqueologia%20CLM.pdf>>. [Consulta: 25-5-2013].

BENÍTEZ DE LUGO ENRICH, L., ANGULO BUJANDA, M^{al}., DÍAZ BRAVO, J., MATA TRUJILLO, E., MORALEDA SIERRA, J., PALOMARES ZUMAJO, N., SÁNCHEZ GARCÍA, J., SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J. y TORRES MAS, M. (2012): “Los orígenes de Valdepeñas (Ciudad Real): el *vicus* romano y despoblado medieval de Aberturas. In-

vestigación histórica y arqueológica”. *Munibe* 63: 255-291. Universidad del País Vasco-Sociedad de Ciencias Aranzadi. <<http://www.estudio-arqueologia.es/pdfs/MUNIBEarqueo63art12Aberturas.pdf>> [Consulta: 26-5-2013].

BENÍTEZ DE LUGO ENRICH, L. (2013a): “El régimen jurídico de la protección del Patrimonio Arqueológico en la Ley 4/2013 de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha”. *Patrimonio Cultural y Derecho* 17: 263-277. ISSN: 1138-3074.

BENÍTEZ DE LUGO ENRICH, L. (2013b): “La protección del patrimonio arqueológico en Castilla-La Mancha. Reflexiones sobre la Ley 4/2013 de Patrimonio Cultural”. *PH* 84: 22-25. Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico. Sevilla

BENÍTEZ DE LUGO ENRICH, L. (2013a): “El régimen jurídico de la protección del Patrimonio Arqueológico en la Ley 4/2013 de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha”. *Patrimonio Cultural y Derecho* 17: 263-277. ISSN: 1138-3074.

BENÍTEZ DE LUGO ENRICH, L., ÁLVAREZ GARCÍA, H.J., MORALEDA SIERRA, J. Y MATA TRUJILLO, E. (2014): “Investigación en la Fábrica de Cerámica de Ciudad Real. Un caso en la gestión del Patrimonio Industrial en Castilla-La Mancha”. *Estudios interdisciplinarios de Arqueología* 1: 81-119.

CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA (2013): “Diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha-Amaya Villanueva Peña”. <http://www.cortesclm.es/paginas/detalle_diputado.php?id=467>. [Consulta: 26-5-2013].

LEY 4/1990, de 30 de mayo de 1990, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha. *Diario Oficial de Castilla-La Mancha* nº 41, de 13 de junio de 1991.

LEY 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha. *Diario Oficial de Castilla-La Mancha* nº 100, del 24 de mayo de 2013.

ORDEN, de 20 de febrero de 1989, para la regulación de las investigaciones arqueológicas y paleontológicas en Castilla-La Mancha. *Diario Oficial de Castilla-La Mancha* nº 9, de 28 de febrero de 1989.

PERIS, D. (2013): “Un mal reglamento cultural”. *Diario Lanza* (26-5-2013): 23. Diputación de Ciudad Real. Ciudad Real.

QUEROL, M^a A. y MARTÍNEZ DÍAZ, B. (1996): *La gestión del Patrimonio Arqueológico en España*. Alianza Universidad Textos. Madrid.

RODRÍGUEZ MORALES, J., FERNÁNDEZ MONTORO, J.L., BENÍTEZ DE LUGO ENRICH, L. y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J. (2012): “*Los clavi caligarii* o tachuelas de cáliga. Elementos identificadores de las calzadas romanas”, *Lucentum: Anales de la universidad de Alicante. Prehistoria, Arqueología e Historia Antigua*, 31: 141-158.

SECCIÓN DE ARQUEOLOGÍA CDLM (2013): “Proyecto de Ley de Patrimonio Histórico CAM 2013”. <http://www.arqueologiade-madrid-cdlm.org/development/?page_id=655>. [Consulta: 25-5-2013].

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA (2013): *Guía docente de la asignatura ‘Gestión y conservación del Patrimonio Histórico’*. <<https://guiae.uclm.es/vistaPrevia/6591/999>>. [Consulta: 26-5-2013].

NOTAS

1 Queremos recordar que existen en Castilla-La Mancha otros textos legales complementarios de estos citados en primer lugar. Aunque no vamos a profundizar en ellos, porque excedería los objetivos de este trabajo, tampoco debemos olvidar su existencia. Nos referimos a varias normas legales que tratan aspectos concretos del Patrimonio, como es el caso de la Ley 4/2001 de Parques Arqueológicos o los decretos que regulan la composición y funcionamiento de las Comisiones Provinciales de Patrimonio Cultural, la Comisión Mixta Iglesia-Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha o la Comisión Especial para el Patrimonio Histórico de Toledo, entre otras. Una compilación actualizada de la normativa vigente puede encontrarse en <http://www.estudio-arqueologia.es/documentos/>

“EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA REGULADORA COMPARADA DE LAS ANTENAS DE TELEFONÍA MÓVIL EN ESPAÑA” ("EVOLUTION OF THE REGULATIONS COMPARATIVE ANTENNAS MOBILE PHONES IN SPAIN")

Autor: *Alberto Pensado Seijas*

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Funcionario de Carrera del
Departamento de
Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Lalín

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA - NÚMERO 56 - DICIEMBRE 2014

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- ANÁLISIS AUTONÓMICO. Posición de Partida.

III.- POSIBLES TESIS

IV.- SOLUCIONES PREVIAS

V.- REFLEXIONES

VI.-MARCO ACTUAL. Nuevo modelo uniformador estatal.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

El presente artículo versa sobre la evolución sufrida por las antenas de telefonía móvil a raíz de la Directiva de Servicios Europea, dónde se ha pasado del paradigma diversificador con las distintas regulaciones autonómicas al modelo centralizado uniformador impuesto por el leg-

islador estatal que ha culminado con la reciente Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones.

Palabras clave: Directiva de Servicios, telefonía móvil, paradigma, telecomunicaciones, regulaciones autonómicas.

ABSTRACT

This article discusses the evolution experienced by mobile phone masts following the European Services Directive, where it went from diversifying paradigm with different regional regulations standardizing the centralized model imposed by the state legislature that has culminated in the recent law 9/2014 of 9 May, Telecommunications.

Key words: Services Directive, mobile phone, telecommunications, paradigm, regional regulations.

I.- INTRODUCCIÓN

El artículo 45 de la CE en relación con el artículo 149.1.23 ha instaurado la competencia exclusiva de las CC.AA. para aprobar las **normas adicionales** sobre protección del medio ambiente y del paisaje, competencia que en mayor o menor medida ha sido recogida por los diversos estatutos de autonomía y normativa autonómica.

En este panorama plural, como no podía ser de otra forma, cada Comunidad tiene su propia regulación y especialidades. Esto causa auténticos quebraderos de cabeza a las empresas de telefonía móvil, pues la tramitación de una licencia en Aragón difiere sustancialmente respecto a Navarra, por ejemplo.

La competencia exclusiva para aprobar normas adicionales, ha supuesto la elaboración y aprobación de infinidad de instrumentos jurídicos ambientales, que traen como consecuencia el distinto rasero re-

specto a determinadas actividades, ya sean realizadas en una parte o en otra del país, creando auténticos Reinos de Taifas.

La nueva Directiva de Servicios Europea propugna la supresión de barreras en el desarrollo de las actividades económicas denominadas “*inocuas*”, no siendo de aplicación en ámbitos como el urbanismo y el medio ambiente. La apertura y libre circulación de los servicios propugnada, encuentra serios obstáculos en este ámbito, pues según la C.A. donde nos encontremos será tramitada como actividad inocua, siendo acreedora de un régimen mucho más flexible y dinámico, o por el contrario siendo sometida a evaluación de incidencia ambiental, calificación ambiental, comunicación ambiental, etc...

Como podemos imaginar la distinción entre ambas tramitaciones varía sensiblemente, hace que nos preguntemos acerca de la libertad de empresa en el marco del artículo 38 de la CE, que como él mismo advierte garantiza y protege su ejercicio.

Por todo ello la última ola regulatoria ha procedido sin tapujos a una unificación estatal en la materia para soslayar los posibles incumplimientos derivados de la Directiva de Servicios.

El objeto del presente artículo es realizar un análisis comparado de las distintas legislaciones autonómicas existentes que regulaban la materia en cuestión, para encuadrarlas en las distintas tesis existentes, para a posteriori extraer conclusiones y ver cómo ha surgido en modelo uniformador estatal, y consecuentemente la adaptación de todas las normativas autonómicas al mismo. El resultado final lo tenemos en la reciente **Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones**.

II.- ANÁLISIS AUTONÓMICO. POSICIÓN DE PARTIDA.

Analizadas en una primera aproximación, las distintas legislaciones autonómicas podemos establecer 2 grandes grupos, que podríamos denominar: *Intervencionistas y Anómicos*.

Los primeros, que sí regulan de forma expresa la actividad, mediante podemos decir, un mismo instrumento con distintas denomina-

ciones y los segundos, que toman su nombre de la carencia de ley que los regule.

Y dentro del primer grupo de Intervencionistas, tenemos que hacer una subdivisión entre aquellos que varían la regulación ya se trate de su ubicación en suelo urbano o no urbano.

Como excepción tenemos la Comunidad de Aragón, que excluye expresamente la actividad de telefonía móvil como sujeta a licencia ambiental.

En el primer grupo situaríamos a las siguientes Comunidades:

País Vasco.- En el Anexo II de la LEY 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, no aparece la actividad de telefonía móvil.

Canarias.- En el Artículo 2.2 de la Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias se limita a expresar:

“El Gobierno de Canarias, mediante decreto, establecerá la relación de las actividades clasificadas, atendiendo a la concurrencia en las mismas de las características referenciadas en el apartado 1.a del presente artículo”.

Murcia.- La Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada, no recoge nada al efecto.

La Rioja.- En el artículo 25.1 de la Ley 5/2002, de 8 de octubre, de Protección del Medio Ambiente de La Rioja dice: *“Se someterán al régimen de intervención ambiental municipal todas las actividades o instalaciones a que se refiere el artículo 6.c) de esta Ley, tanto para ser implantadas como para cualquier cambio sustancial que pudiera introducirse en las mismas una vez autorizadas”.* Mientras el artículo 6.c expresa: *“Licencia ambiental, para las actividades e instalaciones no incluidas en los supuestos anteriores, que sean susceptibles de causar molestias o daños a las personas, bienes o el medio ambiente”.* En los anexos I y II del derogado Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, al que hace referencia no viene tampoco enumerada.

Baleares.- Ni el Decreto 4/1986, de 23 de enero de 1986, de implantación y regulación de los estudios de evaluación del impacto ambiental ni el Decreto 85/20048, de 1 de octubre, por el que se modifica

el Decreto 4/1986, de 23 de enero de implantación y regulación de los estudios de evaluación de impacto ambiental, regulan nada al respecto.

Castila La Mancha.- La Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación Ambiental en Castilla-La Mancha no dice nada sobre la misma.

Valencia.- La Ley 2/2006, de 5 de mayo, de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental prevé en el artículo 6.b: “*Las Licencias Ambientales. Para las actividades que no requieran autorización ambiental integrada y que se determinarán reglamentariamente. La competencia para la concesión de estas licencias corresponde a los ayuntamientos*”.

Galicia.- El Decreto 133/08 de Evaluación de incidencia ambiental que desarrolla la ley 1/1995 de protección ambiental de Galicia no estipula nada sobre la materia.

Un primer análisis de las Comunidades Anómicas nos muestran un vacío legislativo o pendiente de regulación reglamentaria.

Pasando al grupo de los Intervencionistas:

Castilla León.- La Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León y el Decreto 70/2008, de 2 de octubre, por el que se modifican los Anexos II y V y se amplía el Anexo IV de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León establecen la figura de la **Comunicación Ambiental**.

“ANEXO 2

t) Estaciones base de radiocomunicaciones móviles de acceso público”

Andalucía.- El artículo 41 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental establece el Ámbito de aplicación:

1. Están sometidas a **calificación ambiental** las actuaciones, tanto públicas como privadas, así señaladas en el Anexo I y sus modificaciones sustanciales.

2. La calificación ambiental favorable constituye requisito indispensable para el otorgamiento de la licencia municipal correspondiente.

Anexo I

1.57 Infraestructuras de telecomunicaciones CA

Madrid.- El Anexo V de la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid regula en relación con el artículo 41 del mismo cuerpo legal:

“Anexo V

Actividades o Proyectos con Incidencia Ambiental sometidos al procedimiento de Evaluación Ambiental de actividades en la Comunidad de Madrid.

4) Otros proyectos e instalaciones.

16. Instalaciones base de telecomunicación que operen con radiofrecuencias.”

Dentro de las Intervencionistas las que dividen la actividad según la clasificación del suelo donde se realice:

Cataluña.- Los Anexos II y III de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades distinguen la intervención administrativa según sea urbano/protección natural/especial-no urbano:

ANEXO II.

Actividades sometidas al régimen de licencia ambiental.

“12.44.a) Instalaciones para la radiocomunicación emplazadas en demarcación urbana o en espacios incluidos en el Plan de espacios de interés natural, o que, de acuerdo con el planeamiento urbanístico municipal, sean calificados de protección especial.

ANEXO III.

Actividades sometidas al régimen de comunicación.

12.44.b) Instalaciones para la radiocomunicación emplazadas en una demarcación no urbana. Instalaciones para la radiocomunicación incluidas en el epígrafe 12 del anexo II, cuando así lo acuerde el ayuntamiento en el término municipal en el que se emplacen, siempre y cuando en las instalaciones la potencia isotropa radiada equivalente (PIRE) sea inferior a 100 vatios.”

Asturias.- Decreto 38/1994 del Principado de Asturias, de 19 de mayo, que aprueba el Plan de Ordenación de los recursos naturales del Principado.

“Serán sujetos a Evaluación Preliminar de Impacto Ambiental los siguientes tipos de actuación:

17. Antenas, repetidores y otras instalaciones de telecomunicación cuando se ubiquen fuera de los núcleos de población.”

El Decreto 38/1994, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Principado de Asturias, contempla en su capítulo 7 la necesidad de perfilar con mayor precisión algunos aspectos relativos a las normas orientadoras de las actividades sectoriales y a las actividades sujetas a estudio de impacto ambiental, en lo que corresponde a aquellas zonas especialmente sensibles.

En este sentido, el apartado 7.2 del Decreto 38/1994 establece el procedimiento de Evaluación Preliminar de Impacto Ambiental, cuyo objeto es ampliar el listado de proyectos sujetos a procedimiento de impacto ambiental, pues las principales actividades con fuerte incidencia ambiental que cabe esperar en Asturias parecían muy alejadas de las que obligatoriamente contemplaba la legislación vigente en aquel momento.

El procedimiento de evaluación preliminar de impacto ambiental somete a un trámite simplificado de evaluación de impacto a aquellos proyectos de ámbito autonómico o local, no contemplados en la normativa estatal, que presenten una fuerte incidencia ambiental en el ámbito regional, valorándose así los efectos combinados o sinérgicos de pequeñas alteraciones distribuidas por todo el territorio asturiano debido a estas actividades.

La posterior aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, que amplía los supuestos a escala estatal de evaluación de impacto ambiental obligatoria y condicionada, hace en este momento menos perentorio el procedimiento de evaluación preliminar. No obstante, este procedimiento se mantiene, en tanto no se desarrolle otra normativa regional.

Cantabria.- Ley de Cantabria 17/2006, de 11 de diciembre, de Control Ambiental Integrado y Orden de 15 de mayo de 2000.

“ANEXO C

Proyectos contemplados en el artículo 31.

29. *Telecomunicaciones. Estaciones repetidoras de radio y televisión y antenas de telefonía móvil ubicadas en suelo calificado urbanísticamente como rústico.*”

Extremadura.- Los artículos 68 y 69 de la Ley 5/2010, de 23 de junio, de prevención y calidad ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura dicen:

“Artículo 68. Objeto.

*La **comunicación ambiental** tiene por objeto prevenir y controlar, en el marco de las competencias municipales, los efectos sobre la salud humana y el medio ambiente de las instalaciones y actividades sujetas a la misma.*

Artículo 69. Ámbito de aplicación.

*1. Se someten a comunicación ambiental el ejercicio de las actividades incluidas en el **Anexo VII**. Los ayuntamientos podrán incluir en las ordenanzas municipales la necesidad de someter a comunicación ambiental otras actividades no recogidas en dicho Anexo en base a sus efectos sobre la salud humana y el medio ambiente.*

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en ningún caso estarán sometidas a comunicación ambiental las actividades sujetas a autorización ambiental integrada o a autorización ambiental unificada.”

“ANEXO VII.

ACTIVIDADES SOMETIDAS A COMUNICACIÓN AMBIENTAL.

2) 4.2. *Instalaciones de antenas de comunicación en suelo urbanizable o subestaciones de energía eléctrica.”*

Navarra.- El artículo 25.1 de la Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental establece: *“Se someterán al régimen de autorización de afecciones ambientales la implantación, explotación, traslado o modificación sustancial de los proyectos, instalaciones o actividades, de titularidad pública o privada, ubicadas en suelo no urbanizable que se recogen en el Anejo 2.C.”*

ANEJO 2.

Instalaciones sometidas a autorización de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

2.C. Actividades y proyectos sometidos a autorización de afecciones ambientales.

M. Antenas para telecomunicaciones y sus infraestructuras asociadas, cuando se instalen en suelo no urbanizable.

Instalaciones de comunicación.

4. D. Actividades e instalaciones sometidas a licencia Municipal de actividad clasificada sin previo informe ambiental del Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda.

N. Antenas para telecomunicaciones y sus accesos, previa consulta al Departamento de Salud.

Y por último el caso aislado de Aragón:

El Anexo VII de la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón y el Decreto 74/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se modifican los anexos de la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón recoge la exclusión expresa:

“ANEXO VII.

Actividades excluidas de licencia ambiental de actividades clasificadas

a. Otras actividades:

9. Antenas de telecomunicaciones.”

Una segunda aproximación sería desde la regulación histórica que la materia ha tenido tanto a nivel europeo (Directivas) como a nivel estatal.

Así respecto al 1º:

La Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente y la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y control integrado de la contaminación (Directiva IPPC), matizadas ambas por la Directiva 97/11/CE, del Consejo, de 3 de marzo, que modifica aquella, añadió la

posibilidad de establecer un procedimiento único para cumplir los requisitos de las directivas relativas a evaluación de impacto ambiental y a la Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

Es un hecho incontrovertido, que desde la incorporación a Europa, la maquinaria legislativa de los Estados adheridos, ha seguido los designios marcados por los organismos europeos (Consejo y Parlamento), que mediante la incorporación o transposición de sus instrumentos (entre los mismos las Directivas) a las respectivas legislaciones nacionales han intentado uniformar diversas materias.

Podemos decir que la “*incorporación española*” no ha sido siempre lo rápida que debería y así podemos ver el goteo de las distintas regulaciones que las Comunidades Autónomas han hecho de las mismas desde el año 86 hasta la actualidad. Así tenemos un primer ciclo de regulación de la evaluación ambiental a raíz de la Directiva 85/337/CEE, que fructificó a nivel estatal en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de Junio, de evaluación de impacto ambiental.

Un segundo ciclo a raíz de la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y control integrado de la contaminación (Directiva IPPC), que fue incorporada a nuestro ordenamiento interno por la Ley 16/2002, de 1 de julio.

Y podemos discernir un tercer momento con la promulgación de la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente; siendo incorporada mediante la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, que incorpora, además, varias modificaciones del articulado del Real Decreto Legislativo 1302/1986 y de sus Anexos.

Todas las legislaciones autonómicas han ido regulando y actualizando la normativa en base a estos 3 periodos hasta la actualidad, en la cual tenemos que tener en cuenta la Directiva 2006/123/CE (Directiva de Servicios), como ya recoge en su reciente Ley 7/2011 la Comunidad Canaria.

Y en cuanto al 2º nivel:

El Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, ha

supuesto la masiva promulgación tanto de legislación autonómica como la profusión de Ordenanzas Locales.

III.- POSIBLES TESIS

Establecido el análisis de las distintas autonomías y el devenir histórico de su regulación, queda encuadrarlas en las posibles tesis al efecto.

Hemos estructurado su posible regulación en 3 grandes tesis:

1) *Tesis proactiva a la evaluación de incidencia ambiental para el ámbito de las antenas de telefonía móvil.*

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 21 Ene. 2010, rec. 4019/2008:

“OCTAVO: La exigencia de licencia de obra viene establecida en el artículo 10, números 1 (instalaciones) y 10 (vuelo sobre edificaciones), del Reglamento de Disciplina Urbanística de Galicia y la consideración como actividad clasificada del funcionamiento de las instalaciones a las que se refiere la Ordenanza litigiosa corresponde a su naturaleza potencialmente peligrosa, que queda clara en la normativa vigente. La Exposición de Motivos del Real Decreto 1066/2001 dice que el Reglamento que se aprueba por él tiene, entre otros objetivos, el de adoptar medidas de protección sanitaria de la población.

Sentencia 441/2003, de 17.03.2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección Tercera).

El TSJ Galicia en sus sentencias de 23 de julio de 2009 (EDJ 2009/172512) y de 13 de noviembre de 2008 (EDJ 2008/315838).

Por otro lado el profesor **PERNAS GARCÍA** en su explicación de la **sentencia de 3 de diciembre de 2009** (sección 2ª, ponente: José María Arrojo Martínez), dice:

“En cuarto lugar, el órgano jurisdiccional analiza la exigencia de licencia urbanísticas y de actividades clasificadas. La primera queda justificada por las previsiones de la normativa de disciplina urbanística de Galicia. Por otra par-

te, la consideración de las instalaciones de telefonía móvil como actividad clasificada “(...) corresponde a su naturaleza potencialmente peligrosa”. El Tribunal justifica esta apreciación en la propia Exposición del motivos del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

El Tribunal resuelve esta cuestión con bastante sentido común, sin entrar, como podemos ver en otras sentencias sobre esta cuestión, en la compleja cuestión sobre la existencia de indicios científicos sobre los efectos sanitarios y ambientales de estas actividades.”

En este sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de julio de 2009 y de 13 de noviembre de 2008.

El mismo TS en varias de sus sentencias, caso de la sentencia de 4 de julio de 2006, también se inclinó por dicha postura: *“porque esta Sala del Tribunal Supremo en las sentencias citadas ha reconocido a los Ayuntamientos competencia en la materia, entre otras, por razones de seguridad, y estas razones de seguridad ya podrían justificar la clasificación de la actividad”*.

Deudoras de esta tesis son las Comunidades de: Castilla León, Andalucía, Madrid y Navarra, es decir las englobadas en el denominado *“Grupo Intervencionista”*.

Por otro lado, a modo de comentario, es paradójico y no siempre inusual, la discrepancia entre la Administración de Justicia mediante sus sentencias y los ejecutivos en sus leyes y decretos. Como el caso de Galicia, en el que las sentencias nombradas se hacen eco de la sujeción a licencia de actividad clasificada mientras el Servicio de Calidad Ambiental, competente para realizar los Dictámenes de Incidencia Ambiental según el Decreto 133/08 gallego, venía contestando que las antenas de telefonía móvil no están sujetas a evaluación de incidencia ambiental.

2) *Doctrina “favor libertatis”, es decir, no exigencia de licencia de actividad clasificada a las antenas.*

El T.S.J. de Navarra 2.10.2002 *“..en la Ley Foral 16/1999, de Control de Actividades Clasificadas para la Protección del Medio Ambiente, no se incluye la instalación de antenas de telefonía móvil entre las actividades clasificadas, principios como el “favor libertatis”, proclamado en el art. 84, 2 LRBRL, aconsejan no imponer restricciones a la libertad individual en el ejercicio de actividades económicas...”*, las mismas razones,

a las que se añaden la de **falta de competencia** podemos observar en la sentencia 46/2003, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

“A juicio de la Sala, la postura más correcta es la de no exigir licencia de actividades calificadas para la instalación de antenas de telefonía móvil, podemos dar razones de índole competencial y razones de dinámica de la propia licencia de actividad que impediría a los municipios exigir tal licencia”.

Y aquí tendría cabida la excepción de la Comunidad Aragonesa.

3) Planteamiento Preventivo “recomienda pero no exige” licencia:
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 29 de diciembre de 2008:

“..... La exposición que se acaba de hacer nos hace volver al punto de arranque sobre el “principio de precaución” que recogió nuestra Sentencia 441/2003, de 17.03.2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección Tercera) entendiendo que hacía falta licencia de actividad calificada; no se rechaza en la presente sentencia el “principio de precaución” entre otras cosas por ser imperativo conforme al art. 95.3 y 174.2 del Tratado de la Unión Europea, sino que ese principio de precaución se recoge íntegramente en la normativa estatal que se acaba de citar.

En puridad ningún Comité Científico ha podido demostrar mínimamente que las antenas de telefonía móvil sean contraproducentes o causen efectos a la salud, por tanto, se debería dejar a las empresas de telecomunicaciones que las instalasen donde tuviesen por conveniente con sólo respetar monumentos históricos o ciertos conceptos estéticos, en su lugar, tras el informe del Comité de Expertos comisionado por la Organización Mundial de la Salud que elaboró en 1998 para la protección del público en general y de los trabajadores contra posibles efectos nocivos de exposiciones agudas a CEM no ionizantes, el Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea elaboró la Recomendación en 1999 (1999/519/CE) y hemos de fijarnos que atendiendo a la naturaleza del informe se elabora una “recomendación” que a diferencia de los Reglamentos, Directivas y Decisiones de la Unión Europea no obligan a los Estados Miembros (Art. 249 del T.U.E), se basan en el principio de precaución y aproximación de legislaciones a que hemos hecho referencia, de existir informes con datos concluyentes la Unión Europea hubiese actuado vía Reglamento o Directiva; la postura de España ha sido clara en este sentido, tras oír al Comité de Expertos Español ha asumido íntegramente la recomendación del Consejo de Ministros de Sanidad, es decir, el vigente R.D. 1066/2001 está asumiendo íntegramente la “recomendación” lo que significa asumir íntegramente

el principio de precaución, por tanto, lo que se concluye con la presente sentencia es que los Ayuntamientos no tienen competencia para exigir a las compañías de telefonía móvil licencia de actividad.

El “Grupo Anónimo” sería el defensor implícito de esta tesis, es decir las Comunidades de País Vasco, Galicia, Canarias, Murcia, La Rioja, Baleares, Castilla La Mancha y Valencia.

- Para ilustrar la disparidad de criterios, nos parece interesante la evolución sufrida por el caso recogido en la sentencia **de 17 de marzo de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia** que se pronuncia a favor de someter a previa licencia de actividad clasificada en base al principio de

precaución y al carácter no limitativo del nomenclátor del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, expresando que *“el Tribunal Supremo afirma, de modo constante, que la falta de inclusión de una cierta actividad en el catálogo de actividades calificadas que resulte aplicable no evita la aplicación de esa normativa”*.

Dicho criterio fue revisado por el propio Tribunal Superior de Justicia de Valencia en su **Sentencia de 26 de abril de 2006**, dejando claro, si bien, que su postura no es definitiva y está dispuesta a revisarla conforme avancen los estudios científicos sobre la materia. **Justifica su cambio de criterio con respecto a la Sentencia de 17 de marzo de 2003 en la inexistencia de informes técnicos que determinen que las antenas de telefonía móvil pueden ser insertadas entre las actividades molestas, nocivas, insalubres o peligrosas, y que difícilmente un Ayuntamiento puede disponer de informes científicos con resultados válidos en la Comunidad Científica que digan que la colocación de una antena de telefonía móvil entra dentro de las actividades calificadas, concluyendo, por dicho motivo, que los Ayuntamientos no tienen competencia para exigir a las compañías de telefonía móvil licencia de actividad.**

Sobre la anterior sentencia, el Tribunal Supremo resolvió en casación en su **Sentencia de 17 de noviembre de 2010**, confirmando que la actividad consistente en la instalación de telecomunicaciones no es, al menos, en la Comunidad Autónoma Valenciana, una actividad calificada, aunque sí la considera sujeta a licencia de actividad, y lo hace por los siguientes motivos: *“Y, con respecto a ello, si bien es cierto que tanto la normativa estatal como la autonómica en materia de actividades calificadas las señalan a título de numerus apertus, para calificar determinada actividad sería necesario un acuerdo específico del Ayuntamiento*

acompañado de un informe técnico, en que se acreditara que los requisitos establecidos por el Estado o la Comunidad Autónoma no son suficientes para garantizar que la actividad no resulta peligrosa, molesta, nociva o insalubre. Razón por la que hemos de estimar parcialmente el recurso de casación, en lo que se refiere a la anulación del art. 6 de la Ordenanza recurrida en el procedimiento de que traen causa las presentes actuaciones.”

Pues bien, la primera sentencia de 17 de marzo de 2003 avoga por una mezcla entre la 3ª tesis (preventiva) predominando sobre la 1ª (proactividad).

Para un segundo momento, en la de 26 de abril de 2006, plantear que no es una postura definitiva, insertándose en la 2º tesis (*“favor libertatis”*), diciendo incluso que los Ayuntamientos no tienen competencia para exigir a las compañías de telefonía móvil licencia de actividad.

Y en un tercer y definitivo momento la sentencia del Supremo en casación impone la solución que defendemos en este trabajo: Necesarie-
dad de licencia de actividad no calificada.

Esta sentencia muestra las divergencias y evolución constante que sufre esta materia, donde las distintas tesis propuestas se mezclan, y evolucionan, mostrándose siempre en un contexto dinámico.

IV.- SOLUCIONES PREVIAS

¿Cuál es la línea correcta a seguir para dar respuesta práctica a todo este complejo entramado?

Como dijimos en la introducción, el Estado debe en base al artículo 149.1.23 promulgar legislación básica en esta concreta materia, ya que corre el riesgo de poner en entredicho los designios de la Directiva de Servicios, en cuanto que una empresa encuentre más o menos trabas según la Comunidad Autónoma donde instale la antena de telefonía móvil.

Estamos de acuerdo con el artículo realizado por Francisco Antonio Cholbi Cachá y Vicente Merino Molins *“Comentario crítico sobre la directiva de Servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma:*

especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”, del que nos parece interesante para apoyar nuestra tesis extraer lo siguiente:

“El contenido de las normativas autonómicas varían de unas a otras, pero básicamente nos estamos refiriendo a las autorizaciones relativas al ejercicio de una actividad: autorización ambiental integrada; licencia ambiental, de instalación o de actividades clasificadas (con necesidad de calificación ambiental o sin ella), comunicación ambiental o licencia para actividades inocuas, licencias de apertura, de usos y actividades o de puesta en funcionamiento de actividades clasificadas, inspecciones, en su caso, para la puesta en funcionamiento de las actividades inocuas u objeto de comunicación ambiental, así como las licencias de uso (ya sean de primer uso o cambio del mismo) destinadas al ejercicio de actividades no sujetas a licencia de actividad, propiamente dicha (el caso de los despachos de profesiones liberales como los abogados, etc.).

Por tanto, lo ideal sería unas modificaciones homogéneas en todas las normativas autonómicas, con independencia de la terminología utilizada por cada CCAA para cada tipo de intervención previa.

Además, lo conveniente sería que los municipios no llevaran a cabo ningún tipo de desarrollo particular en su ámbito de actuación, en cumplimiento de la Ley 17 y 25/2009, dado que entendemos sería contraproducente por la disparidad y dispersidad de sistemas adoptados que contravendrían el principio de no discriminación en el ejercicio de actividades de servicios. Precisamente por ello, lo lógico sería que la normativa autonómica se modificara, con arreglo a los criterios que se consideren más convenientes de los que vamos a formular propuestas de futuro en el epígrafe siguiente, pero que no se llevaran a cabo desarrollos municipales hasta la total y completa adaptación a la Directiva de Servicios y Ley 17/2009, por los distintos legisladores autonómicos.

A) La necesidad de cambios normativos en las legislaciones autonómicas Indudablemente, es urgente que las CCAA acometan los cambios legislativos previos para acomodar sus normas reguladoras de los distintos instrumentos de intervención ambiental a la normativa estatal derivada de la aplicación de la Directiva 2006/123 — Ley 17/2009 y Ley 25/2009—, por cuanto ya la Disposición final tercera, apartado 1.º, de la Ley 17/2009, establece que corresponde a las Administraciones públicas competentes, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta Ley. En todo caso, aquellas CCAA que aún no cuentan con dicha normativa deberán proceder de inmediato a legislar en tal sentido. Conviene señalar asimismo que las propias normas de la Ley 17/2009, según Disposición final primera, tienen carácter básico al amparo de lo dispuesto en art. 149.1.ª, 13.ª y 18.ª, apartado que se refieren a la regu-

lación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en cumplimiento de los deberes constitucionales: a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; y finalmente, a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las CCAA.

Los títulos competenciales en virtud de los cuales dicta el Estado su normativa básica suponen que la legislación de desarrollo de las CCAA debe de contener unos principios homogéneos y uniformes en la regulación de los distintos tipos de medios de intervención, así como respecto a sus procedimientos con el fin de garantizar la observancia de dichos principios constitucionales, por ello, la normativa autonómica se deberá articular sobre la base de garantizar la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, así como la coordinación en la planificación de la actividad económica, arbitrando un procedimiento que no produzca importantes diferencias en la tramitación de los distintos instrumentos de intervención ambiental evitando así situaciones de discriminación en los ciudadanos, según sea el ámbito territorial del ejercicio de su actividad. Por esta razón, insistimos en que la legislación estatal tendría que haber ido más allá de una declaración de principio e intenciones y haber previsto medidas de armonización en aras de una regulación uniforme de la materia por parte de las CCAA.”

Este pensamiento se ve apoyado en la regulación más reciente sobre la materia como la recogida en el **Real Decreto-ley 13/2012**, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

En la Exposición de Motivos de este texto legal se recoge lo siguiente:

*“Por otro lado, mediante este real decreto-ley se efectúa la incorporación al ordenamiento jurídico español del nuevo marco regulador europeo en materia de comunicaciones electrónicas, marco que está compuesto por la **Directiva 2009/136/CE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Derechos de los Ciudadanos), y la **Directiva 2009/140/CE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Mejor Regulación).*

La transposición de estas Directivas se efectúa mediante la modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomuni-

caciones, así como una modificación puntual de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

Las modificaciones introducidas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, persiguen crear un marco adecuado para la realización de inversiones en el despliegue de redes de nueva generación, que permita ofrecer servicios innovadores y tecnológicamente más adecuados a las necesidades de los ciudadanos.

Asimismo, por este real decreto-ley se introducen importantes novedades en relación a los derechos de los operadores, reforzando su derecho a la ocupación de la propiedad pública y privada, que la norma exige que se garantice de modo efectivo.

En todo caso, los límites a este derecho que pudieran llegar a imponerse habrán de estar basados en causas objetivas y ser proporcionados y no discriminatorios. Con el mismo objetivo de facilitar el despliegue de redes, se establece un plazo concreto para la resolución de las solicitudes de ocupación, que no podrá exceder de seis meses, salvo en caso de expropiación.”

17

Para más inri, profundizando en la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, encontramos muy interesantes los siguientes puntos:

“(49) Dado que el sector de las comunicaciones electrónicas se caracteriza por un alto nivel de innovación tecnológica y unos mercados sumamente dinámicos, es necesario adaptar rápidamente la regulación de manera coordinada y armonizada a nivel comunitario, pues la experiencia ha demostrado que la divergencia entre las autoridades nacionales de reglamentación en la aplicación del marco regulador de la UE puede crear un obstáculo al desarrollo del mercado interior.

(24) Las radiofrecuencias deben considerarse un recurso público escaso que tiene un valor público y de mercado importante. Es de interés público que el espectro se gestione con la mayor eficiencia y eficacia posibles desde una perspectiva económica, social y ambiental, teniendo

en cuenta el importante cometido del espectro radioeléctrico para las comunicaciones electrónicas, los objetivos de la diversidad cultural y el pluralismo de los medios de comunicación, así como la cohesión social y territorial. Por tanto, deben suprimirse gradualmente los obstáculos que impidan su uso eficiente.

(12) Deben aclararse o modificarse algunas definiciones para tener en cuenta la evolución del mercado y la tecnología y eliminar las ambigüedades detectadas en la aplicación del marco regulador.”

Como podemos observar encontramos en este texto legal dos ideas fundamentales. Por una parte que la divergencia en la regulación de los estados miembros produce obstáculos en el desarrollo del mercado interior, que deben suprimirse gradualmente unificando la terminología y eliminando ambigüedades e interpretaciones erróneas del marco normativo regulador de la materia.

Y por otra parte la connotación “*pública*” y “*escasa*” de las radiofrecuencias, que les otorga el “*status*” de bien de dominio público. Pero por otro lado destaca su valor mercantilístico (“*mercado importante*”), con lo cual pone en relieve su connotación lucrativa dentro del tráfico jurídico y la necesidad de su gestión eficaz y eficiente.

Esta dicotomía “*res extracommercium - res commercium*” que se da en el espacio radioeléctrico provoca una problemática que ha recogido de una manera brillante M.^a Trinidad García Leiva en su artículo “*La Unión Europea y el espectro radioeléctrico: de la armonización técnica a la liberalización del interés público*”:

“En el nuevo modelo mercantil de gestión del espectro que la UE defiende, se persigue utilizar un recurso limitado de modo más eficiente desde el punto de vista económico y técnico.

La cuestión es, en definitiva, que por más maximizado que pueda estar el espectro gracias a los nuevos adelantos tecnológicos, siempre será un recurso de uso limitado. Por tanto, ninguna política democratizadora de la comunicación puede obviar no sólo que no todas las tecnologías podrán quedarse con el ancho de banda requerido para el negocio de los nuevos bienes y servicios de la sociedad de la información (¿telecomunicaciones vs. audiovisual?), sino que además, el punto de partida de los agentes que las sustentan, en esta batalla por un recurso codiciado, es desigual (¿grandes grupos vs. tercer sector?).

Pero el problema (y la crítica) no se reduce a denunciar el avance de la mercantilización del espectro. Sería miope no reconocer la relevancia de los argumentos técnicos y económicos que demandan un uso más eficiente de este recurso.

Lo central, sin embargo, es que la nueva lógica liberalizadora que pretende monopolizar su gestión no está siendo acompañada por mecanismos de compensación que permitan un balance cuidadoso entre los intereses económicos, políticos, sociales y culturales en juego.

La política del espectro no puede basarse solamente en parámetros técnicos y económicos, ya que las consideraciones políticas, culturales, sanitarias, sociales y educativas, deben ser tenidas en cuenta. Una política pública realmente justa debería considerar todos estos ámbitos y equilibrar sus respectivas necesidades, teniendo siempre como centro de gravedad la satisfacción del interés general. Es decir, quedebe asegurarse un equilibrio entre la demanda comercial y los usos y aplicaciones no mercantiles del espectro, que redundan en beneficios “no-económicos” tales como la diversidad cultural, el acceso universal o la libertad de expresión e investigación.

Dicho de otra manera, la mercantilización del uso del espectro no puede provocar el fin de la prestación de aquellos servicios de interés público que reporten beneficios económicos inferiores (o beneficios de otro tipo) a los que se puedan obtener por otra clase de servicios.

Debe preservarse el criterio del “fin social del servicio a prestar” a la hora de decidir el conjunto de servicios que pueden (o no) hacer uso de una (nueva) porción del espectro.

Así pues, y en conclusión, el avance de los criterios de mercado en las actuaciones comunitarias relativas a la gestión del espectro radioeléctrico sin la salvaguarda de los contrapesos democráticos adecuados, conduce a una nueva fase de incertidumbre para el futuro de la comunicación y la cultura en la Unión, ya que tal dinámica agudiza su mercantilización. Se trata de evitar, por tanto, que este proceso invada definitivamente la trinchera del espectro radioeléctrico para finiquitar el criterio de rentabilidad sociocultural en nombre de la flexibilidad/ “neutralidad” técnica y la eficiencia económica.”

Retomando la cuestión del posible alejamiento de la regulación española de los designios de la Directiva de Servicios tras este inciso, debemos traer a colación el reciente el **Real Decreto 515/2013, de 5 de julio**, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

La responsabilidad última es del Estado, pero éste puede repercutir la responsabilidad en la Administración Pública que hubiese sido la causante de la contravención.

De este modo, por poner el ejemplo que exponíamos en las primeras líneas, una empresa podría montar la antena en Aragón con la Autorización de industria y la licencia de actividad inocua directa por parte del Concello, mientras que por ejemplo en Navarra en suelo urbanizable necesitaría la autorización de afecciones ambientales por parte del Organismo Autonómico Competente. ¿Podría esta empresa plantear el incumplimiento de la DS?

En primer lugar debemos resaltar un hito importante, como ha sido la ampliación por parte de la Directiva (Derecho Secundario) del ámbito de aplicación del TFUE (Derecho Originario). Diferenciación no baladí ni incidental, porque ha ampliado la *triada* de razones de orden público, seguridad y salud públicas añadiéndole **medio ambiente**.

Este añadido resulta contradictorio con el espíritu de la Directiva, ya que mientras en el Tratado no se permitiría la diferenciación en el trato de los no nacionales por cuestiones ambientales, la Directiva la incluye expresamente, si bien la actividad debe pasar el triple filtro: proporcionalidad, no discriminación y razones de interés general.

Lo que pone de relieve una especie de desarrollo reglamentario “*ad hoc*” de la Directiva respecto al Tratado, con lo cual se abriría el cauce para que las Comunidades Autónomas vieran sustentadas sus diferentes regulaciones respecto a los no nacionales, pero, ¿y respecto a los nacionales?

En el caso tratado, entendemos que las estaciones base de telefonía móvil no pasarían los dos primeros filtros, pues no es proporcional la actual tramitación por establecerse controles de las tres Administraciones solapados y el segundo, pues no puede entenderse que en el mismo territorio estatal una empresa española necesite unos determinados requisitos u otros a priori según el emplazamiento de la misma.

La paradoja es constante ya que, como ha señalado T. DE LA QUADRA-SALCEDO la Directiva opera un recorte a las razones imperiosas de interés general que se habían ido construyendo jurisprudencialmente y se consideraban compatibles con el Tratado en relación con la libre prestación de servicios. Se opera una diferenciación en el régimen jurídico de la libertad de establecimiento y la libre prestación

de servicios pudiendo someterse la primera a un “*numerus apertus*” de excepciones.

Si examinamos los **Considerandos 9,56,43,54,59,64 y 65 de la Directiva**, que viene a ser la hoja de ruta de la misma, entendemos que sí cabría infracción por parte de las regulaciones de las Comunidades autónomas, pues el entramado legislativo que las conforma proscribire los principios de la Directiva, instaurando distintos criterios dentro del mismo territorio nacional para desarrollar una misma actividad.

De este modo, incluso podríamos llegar a entender en un complejo ejercicio de raciocinio, que tanto si consideramos la actividad excluida de la Directiva por el Considerando 9 de la misma, como fuera de ella en virtud de su no incidencia demostrada, la legislación dispar de las Comunidades en el contorno del Estado Español, podría estar vulnerando claramente la Directiva Europea.

Del análisis y las tesis citadas, nuestra opinión es que después de todos los estudios realizados en la materia no existen conclusiones fehacientes sobre la incidencia de las antenas en la salud, con lo cual hay quien sostiene que quedarían totalmente fuera del espectro medioambiental y por lo tanto esta materia sería susceptible de entrar de lleno en el ámbito de aplicación de la Directiva. Ser tan tajante, no parece una postura razonable y entendemos que no podemos obviar que sí tienen, cuando menos, cierta incidencia medioambiental, y por lo tanto entendemos debe tramitarse como “*auténtica licencia de actividad*”, bajo el régimen de autorización instaurado por la Directiva, y no mera Comunicación Previa o Declaración Responsable; sin confundir la misma con la denominada licencia de actividad “*clasificada*”, o en la actualidad sometida a algún trámite ambiental. Estas actividades no pueden estar amparadas bajo el régimen de Declaración Responsable o Comunicación Previa, establecido por la DS y la legislación estatal de transposición, por dos motivos:

- El primero, es que no podemos rehuir de su incidencia en el medio ambiente (aunque no se pueda establecer taxativamente el grado de la misma), por lo que estaría fuera del alcance de estos medios promovidos por la Directiva.

- Y en segundo lugar, porque necesita al menos preceptivamente autorización de Industria, que verifique el cumplimiento del Real Decreto 1066/2001.

En apoyo de nuestra tesis, no hay más que leer los **artículos 8 y 9 del Real Decreto 1066/2001**.

V.- REFLEXIONES

Todo lo expuesto, no es fruto del contexto actual que vivimos, sino que ya por el año **2004 la Comisión Sectorial para el Despliegue de Infraestructuras de Radiocomunicación, en su sesión constitutiva del día 15 de julio de 2004**, acordó la creación de un grupo de trabajo cuya misión es analizar los procedimientos existentes y diseñar un procedimiento de referencia para el despliegue de infraestructuras de radiocomunicaciones que, respetando las competencias de cada Administración Pública, facilite y agilice la tramitación administrativa necesaria para llevar a cabo dicho despliegue. Fruto de esta sesión fueron la publicación de un documento en el que se preveía un *“Procedimiento Administrativo de referencia para la instalación de infraestructuras de red de Radiocomunicación”* y las *“Recomendaciones para facilitar e impulsar el despliegue de infraestructuras de red de radiocomunicación”*, que forman parte del *“Código de buenas prácticas para la instalación de infraestructuras de telefonía móvil”*.

El resto de Recomendaciones siguen este mismo rumbo, respecto a evitar duplicidades, reducir plazos, y en resumen agilizar la obtención de este tipo de licencias. La verdad es que podríamos extrapolarlo a un Anexo de la Directiva de Servicios, respecto a este concreto procedimiento de obtención de licencias, siendo los principios de ambas prácticamente iguales.

No dejan de ser una elogiabile Declaración de Intenciones, que en algunos casos peca incluso de ingenuidad. Como muestras de ello las Recomendaciones Once y Doce, cuando proponen en los Ayuntamientos pequeños y medianos la existencia en la plantilla de personal de técnicos específicos en la materia, cuando es *“vox populi”*, que esto es totalmente utópico. En muchos de los Ayuntamientos de este tamaño, la especialización brilla por su ausencia realizando toda la plantilla todo tipo de labores, por no hablar del contexto actual de crisis...

Pues bien, la Directiva de Servicios, podría ser la excusa perfecta para retomar estas consignas del año 2005, que hasta ahora han queda-

do en simple papel mojado con efectos inocuos, pero que podrían cobrar una gran relevancia por lo expuesto con anterioridad, en referencia a los posibles incumplimientos del acervo comunitario.

No parece lógica la evolución paralela de la tecnología de las antenas por un lado y la legislación de la misma por otro. Si bien es común la regulación tardía, en este caso cobra atisbos de negligencia, pues ya en el año 2005 se vislumbraban los defectos normativos de forma fehaciente.

La problemática de este tema es tanto actual como futura, ya que las telecomunicaciones es una materia en constante evolución y desarrollo, que necesita cuanto menos ser amparada por una regulación uniforme.

Fruto de esta problemática es la **Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, de 18 de enero de 2012**. Recurso de inconstitucionalidad 2194-2002.

Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha, 8/2001, de 28 de junio, para la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha. Competencias en materia de telecomunicaciones, control del espacio aéreo, ordenación del territorio, sanidad y protección del medio ambiente, principio de legalidad sancionadora: nulidad de los preceptos legales autonómicos que obligan a los operadores a incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes y sancionan su incumplimiento; interpretación de preceptos legales.

En esta sentencia se ponen de manifiesto las competencias subyacentes en el ámbito de las telecomunicaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Y establece la constitucionalidad de los preceptos de la ley recurrida (en este caso Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha, 8/2001, de 28 de junio, para la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha) que tienen cobertura en competencias autonómicas (Urbanismo y Ordenación del Territorio), declarando inconstitucionales las que invaden competencias exclusivas estatales (Sanidad y las básicas en Medio Ambiente).

De ahí que la sentencia considere acorde a derecho, la obligación a los operadores de *“incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan ... a minimizar el impacto ambiental y visual”*, en base a sus competencias autonómicas de urbanismo y ordenación del territorio.

Y por otro lado declare inconstitucional el art. 7 de la Ley, en el inciso en el que obliga a los operadores a “*incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes*”, puesto que invade competencias exclusivas estatales.

Esto último queda claramente definido en el **Fundamento Jurídico 4º** de la sentencia:

45

“4. El principal motivo de inconstitucionalidad de los preceptos recurridos se refiere a la vulneración del artículo 149.1.21 CE, esto es, a la invasión de la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones y, específicamente, en materia de radiocomunicación, por lo que interesa recordar que este Tribunal, en diversas Sentencias, ha conectado la materia telecomunicaciones con los aspectos técnicos de la emisión relativos al uso de las ondas radioeléctricas o electromagnéticas, es decir, del dominio público radioeléctrico (STC 168/1993, de 27 de mayo, FJ 4; 244/1993, de 15 de julio, FJ 2; 127/1994, de 5 de mayo, FFJJ 5 y 8; y 31/2010, de 28 de junio, FJ 85) y ha señalado que **«es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria — dada la unidad intrínseca del fenómeno— la utilización del dominio público radioeléctrico, y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y radiocomunicación»** (STC 168/1993, de 27 de mayo, FJ 4) mediante «la asignación de frecuencias y potencias para cada uno de los usos, en cumplimiento de la disciplina internacional del tema, así como la previsión de otros problemas como, v. gr., puede ser la evitación de interferencias» (STC 244/1993, FJ 2). También se ha entendido que **cae dentro de la competencia estatal, ex artículo 149.1.21 CE: la regulación del régimen de la autorización administrativa para la tenencia y uso de equipos y aparatos radioeléctricos, así como para hacer funcionar una estación o red de estaciones radioeléctricas, con el fin de que el Gobierno pueda proceder a la asignación de frecuencias así como a fijar las condiciones y características técnicas de cada estación o de cada tipo de equipo y aparato radioeléctrico, impidiendo interferencias perjudiciales** (STC 167/1993, de 7 de mayo, FJ 3); **la regulación del procedimiento para la autorización administrativa de la instalación y funcionamiento de las estaciones radioeléctricas receptoras de televisión transmitidos en servicio fijo por satélite y la asunción en este campo de competencias de autorización, inspección y sanción con la finalidad de evitar interferencias y homologar y normalizar los equipos e instalaciones** (STC 244/1993, de 5 de julio, FFJJ 4, 5 y 6); **y las facultades de inspección y control del cumplimiento de las condiciones técnicas de las emisoras de radio y televisión** (STC 26/1982, de 24 de mayo, FJ 6; y STC 108/1993, de 25 de marzo, FFJJ 2 y 3).”

En esta misma línea nos parece interesante traer a colación la siguiente sentencia:

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 15 Nov. 2011, rec. 191/2008:

“ 1º) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

2º) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

Pero, claro está, sin negar in radice la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados.”

Pero ha de advertirse que tras dichas Sentencias se ha pronunciado este Tribunal, en Sentencia de su Sección 5ª de 22 de marzo de 2011 (LA LEY 14524/2011), recurso 1845/2006 , estableciendo una doctrina distinta a la de aquellas al conocer de la legalidad del Decreto autonómico catalán 148/2001, de 29 de mayo , de Ordenación Ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación, en la que se enfatiza que “ las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio, ambiente o sanidad no pueden terminar desvirtuando las competencias que la propia Constitución reserva al Estado en el repetido artículo 149.1.21 , aunque el uso que éste haga de ellas condiciones necesariamente la ordenación del territorio, ya que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esa competencia exclusiva por la existencia de las otras competencias, aunque también sean exclusiva, de la Comunidades autónomas y los entes locales, pues ello equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución .”

Dicha Sentencia analiza el establecimiento de las restricciones a la exposición a los campos electromagnéticos, las distancias de protección en zonas de uso continuado por personas, las adicionales para las zonas abiertas de uso continuados para las personas sin protección de edificaciones y las instalaciones de telefonía móvil en espacios abiertos de los centros docentes y establecimientos que acojan de manera regular población en edad escolar, y las normas técnicas que se fijan en sus anexos, y declara que **“ regulan cuestiones propiamente técnicas que entran de lleno dentro del ámbito competencial reservado al legislador estatal, y el encabezamiento del precepto es indicativo, al referirse a “normas técnicas”, lo que ha de ponerse en relación con la afirmación contenida en la exposición de motivos de que el reglamento establece “las especificaciones y determinaciones técnicas aplicables a las instalaciones de radiocomunicación”; y esa inicial aproximación se confirma a la vista del contenido de las prescripciones incorporadas a estos dos apartados y anexos correspondientes, donde se regulan tanto limitaciones para el margen de frecuencias, intensidad de campo y densidad de potencia, como distancias mínimas a las antenas, que inciden directamente en la configuración, diseño técnico y despliegue de las infraestructuras que conforman la red, y que entran dentro del ámbito de competencia estatal, como resulta de lo dispuesto en los artículos 61 y 62 de la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998 , aquí aplicable.**

En efecto, el artículo 61, apartado 1º , establece, en cuanto ahora interesa, que “la gestión del dominio público radioeléctrico y las facultades para su administración y control corresponden al Estado “, y a su vez, el apartado 2º dispone que “la administración, gestión y control del espectro de frecuencias radioeléctricas incluyen, entre otras funciones, la elaboración y aprobación de los planes generales de utilización, el establecimiento de las condiciones para el otorgamiento del derecho a su uso, la atribución de ese derecho y la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas [...] .” Coherentemente, el artículo 62 , referido a las facultades del Gobierno para la gestión del dominio público radioeléctrico, dispone que “el Gobierno desarrollará reglamentariamente las condiciones de gestión del dominio público radioeléctrico, la elaboración de los planes para su utilización y los procedimientos de otorgamiento de los derechos de uso de dicho dominio, bien mediante autorización administrativa, concesión demanial o afectación de uso. En dicho reglamento se regulará, como mínimo, lo siguiente: El procedimiento de determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerables y que no supongan un peligro para la salud

pública [...]”.

Materia esta que, pese a estar expresa y específicamente atribuida al Estado por los preceptos que acabamos de citar, ha sido desarrollada en el artículo 5 y anexos 1 y 2 del Decreto impugnado, que introducen precisamente una

regulación técnica sobre los niveles de emisión que se estiman tolerables sin título competencial que habilite a la Administración autonómica para ello”.

Asimismo, la referida Sentencia de 22 de marzo de 2011 , afirma que no cabe invocar para contrarrestar lo anterior las competencias que en materia de sanidad o ambiente sean titularidad de entes distintos al Estado, pues “ en la materia de las telecomunicaciones en que nos movemos, es al legislador estatal al que le ha correspondido cohonestar los intereses de las empresas del sector; por un lado, y las exigencias ambientales y sanitarias por otro, como resulta de los artículos 61 y 62 y concordantes de la Ley General de Telecomunicaciones , lo que se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 1066/2001 de 28 de septiembre (LA LEY 1373/2001) , por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas; norma esta cuya conformidad a Derecho fue declarada por la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 2006 (LA LEY 43956/2006) (recurso de casación 503/2001).

Desde esta perspectiva, la regulación estatal no es un simple mínimo común que pueda ser unilateralmente ampliado por las Comunidades autónomas con pretendido amparo en los títulos competenciales de ambiente y sanidad, como precisamente en este caso sostiene la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña, sino más bien un marco normativo general con vocación de aplicación sobre la totalidad del territorio nacional, que pondera equilibradamente los diversos intereses concurrentes, definiendo los requisitos técnicos del despliegue de la red que se consideran necesarios para garantizar tanto un desarrollo eficaz de las telecomunicaciones como la salud de los ciudadanos y la preservación del ambiente.

Si se caracterizara la regulación estatal como un simple mínimo común denominador, que puede ser superado por las Comunidades mediante el incremento de las restricciones y limitaciones para las empresas con base en razones sanitarias o ambientales, el propio equilibrio de la regulación, y, en definitiva, la unidad del mercado, que se garantiza a través de esa regulación única y común, se desvirtuaría, frustrándose así el objetivo que ha guiado la atribución competencial para el Estado, que resulta del tantas veces mencionado artículo 149.1.21 de la Constitución”.

Esta última sentencia, entendemos que es sumamente acertada y define bien la problemática que reflejamos sobre estas líneas. Es al

Estado en esta concreta materia al que le corresponde cohonestar los intereses de las empresas del sector, por un lado, y las exigencias ambientales y sanitarias en esta materia de los diversos entes (Comunidades Autónomas y Ayuntamientos).

La explicación en base al concepto del “*mínimo común denominador*” no ampliable por los entes distintos al Estado, ilustra a las claras que la Administración Estatal es la encargada de equilibrar la regulación única y común en este ámbito donde la confluencia de competencias sectoriales puede llegar a provocar la desvirtuación de la unidad de mercado a través de distintas regulaciones que quiebren el acervo constitucional por un lado (149.1.21 CE) y comunitario por otro.

Las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos no pueden penetrar en este núcleo duro formado por el denominado “*mínimo común denominador*” en base a criterios sanitarios y medioambientales, pues éstos ya han sido previamente tenidos en cuenta por el legislador estatal, por lo que establecer nuevas restricciones y obstáculos ya sea en forma de autorizaciones o de otro tipo les está vedado.

Sentencias como la anterior pueden darse de forma continuada tanto respecto a normativa autonómica (Leyes y Reglamentos) como local (Ordenanzas), por lo que el legislador español no puede seguir haciendo caso omiso a esta problemática, que por otro lado puede ser el punto de inflexión de la uniformización de numerosa legislación medioambiental, en base a legislación básica. En desarrollo de la misma, un reglamento de desarrollo que contuviera una Ordenanza tipo a aplicar en todos los Ayuntamientos de España supondría evitar distorsiones innecesarias.

49

Si el legislador estatal continúa en esta tesitura, se corre el riesgo incluso de la judicialización del derecho.

Judicializar.

“1. tr. Llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política.”

Como indica la RAE, estaríamos utilizando la vía judicial impropia, para una función que en principio no le correspondería. Ejemplos que estamos viviendo en la actualidad serían las sentencias del

Tribunal Supremo de Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 (Sala 3ª Secc 3ª) y 29 de junio de 2011.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 (Sala 3ª Secc 3ª) reitera lo dicho en la de 29 de junio de 2011 por la que se anuló el art. 43 del Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial.

La Sentencia de 29 de junio de 2011 declara la inaplicabilidad de la necesidad de autorización administrativa de los organismos de control prevista en el artículo 15 de la Ley de Industria, salvo cuando la exigencia de la autorización resulte obligada en los términos recogidos en el artículo 4.5 de esta misma Ley.

No parece lo más adecuado que sean los jueces los que por vía jurisprudencial realicen estos “*parches normativos*”, por lo menos a nivel de forma.

Este problema en concreto deviene, de lo expresado en líneas anteriores, sobre el cuidado que debe tenerse a la hora de establecer “*filtros innecesarios*” a la luz de la Directiva de Servicios.

Aquí el fundamento que utiliza el Supremo para considerar contraria a Derecho Europeo la exigencia de autorización es que considera que el Gobierno no ha justificado por qué es adecuado, necesario y proporcional exigir a las personas que quieran dedicarse a verificar que una instalación industrial cumple con las normas de seguridad una autorización previa. Estos “*organismos de control*” (que pueden ser individuos o personas jurídicas) tienen como función la de “*verificar el cumplimiento de carácter obligatorio de las condiciones de seguridad de productos e instalaciones industriales, establecidas por los Reglamentos de Seguridad Industrial, mediante actividades de certificación, ensayo, inspección o auditoría*”. Pero es que tal necesidad de autorización está incluida en el art. 15 de la Ley de Industria, esto es, en una norma de rango legal.

Lo que contradice con el artículo 4 de la misma Ley, que había “*adaptado*” la misma a la Directiva de Servicios y había dicho que no se exigirían autorizaciones sino meras declaraciones responsables.

Tenemos una contradicción de régimen dentro de la misma norma...

Y el **Supremo** dice que:

“...si el Estado español quiere establecer un régimen de autorización previa deberá justificar la concurrencia de una razón imperiosa de interés general o, en concreto, que resulte obligado para el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias o internacionales. Justificación que podría estar en una Ley o, en su defecto y siempre que la correspondiente ley sectorial lo admita, en un reglamento aprobado por la Administración. Pues bien, en el supuesto que se discute, el artículo 15 de la Ley de Industria , tras su reforma por la referida Ley 25/2009, mantiene en general la exigencia de autorización para los organismos de control. Pero en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la Directiva de Servicios y en consideración al principio de primacía del derecho comunitario, así como en atención a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 17/2009 y en el artículo 4 de la Ley de Industria , tal exigencia legal sólo puede aplicarse, tal como se ha indicado, cuando el Estado justifique mediante ley o reglamento la concurrencia de una razón imperiosa de interés general o que resulte obligado para el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias o internacionales.

Sin embargo, ni la propia Ley de Industria, cuyo artículo 15 se limita a prever la regla general de necesidad de autorización, ni el Reglamento modificado por el Real Decreto que se impugna, hacen referencia alguna a esta justificación, lo que obliga a declarar la inaplicación de la exigencia general de autorización para los organismos de control, salvo en los casos en los que se hubiera acreditado tal necesidad de autorización según los criterios antes señalados. Esto supone que, en defecto de autorización, y al margen de la obligatoriedad de acreditación, los organismos de control quedarían en cambio obligados a efectuar la comunicación o declaración responsable prevista en el artículo 4 de la Ley de Industria y en los términos previstos en dicho precepto.”

No hay mucho que añadir: inaplicación de normas nacionales contrarias al Derecho Europeo directamente por los jueces nacionales.

Las autorizaciones previas han de recibir una justificación expresa en la Ley o en un Reglamento.

La normativa debe establecer para adecuarse a la Directiva, una justificación “ad hoc” de por qué es necesario exigir una autorización previa para que un particular pueda desarrollar su actividad. Esta justificación entendemos debe quedar meridianamente clara y expresa a lo largo de todo el cuerpo legal. Sería conveniente que ya la Exposición de Motivos expresara que la autorización previa es necesaria para proteger un bien jurídico de alto valor (razón imperiosa de interés general). Y a continuación dedicar un artículo “ex profeso” para ello.

Paralelamente a la judicialización, se está produciendo un fenómeno genérico legislativo, del cual el ámbito ambiental no se escapa.

Estamos hablando de los Reales Decretos de medidas urgentes, Leyes de Acompañamiento, etc, que están inundando todos los ámbitos de nuestra legislación. Estos Reales Decretos, bajo la premisa o excusa de la dinamización económica en el actual contexto de crisis, entre otras razones, realizan modificaciones de diversas leyes, siendo en ocasiones verdaderos cajones desastre de cambios normativos, incluso en distinto ámbitos, sin ninguna relación entre los mismos.

Como decíamos en el ámbito que nos atañe, el medioambiental, ejemplo de lo anterior es el Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente.

Este Real Decreto establece en su Preámbulo lo siguiente:

“...El derecho constitucional a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, obliga a que los poderes públicos establezcan mecanismos eficaces para protegerlo y conservarlo. Este fin solo puede alcanzarse procurando la compatibilidad de la actividad humana con la preservación del medio ambiente. Para ello, la legislación ambiental debe ser clara y otorgar seguridad jurídica. En una situación como la actual, en la que se están encarando profundas reformas estructurales que permitan la reactivación de nuestra economía y la generación de empleo, resulta indispensable la reforma urgente de ciertos aspectos de nuestra legislación ambiental que contribuyan a lograr ese objetivo, sin merma del principio de protección.

La reforma que acomete el presente real decreto-ley se orienta a la simplificación administrativa, eliminando aquellos mecanismos de intervención que por su propia complejidad resultan ineficaces, y lo que es más grave, imponen demoras difíciles de soportar para los ciudadanos y dificultades de gestión para las Administraciones públicas. La simplificación y agilización administrativa de las normas ambientales que se promueve, además de ser necesaria en sí misma, resulta un medio idóneo para acompañar a las reformas, que con carácter urgente, el Gobierno ha puesto en marcha.

Esta reforma parte del presupuesto de que la eficacia de las normas ambientales no puede identificarse con la yuxtaposición de planes, programas, autorizaciones, permisos y otras medidas de difícil aplicación real y práctica. Antes al contrario, una protección eficaz está reñida con el exceso retórico y normativo que lleva a la atrofia; y exige el establecimiento de reglas claras y sencillas que protejan el medio ambiente y fomenten un desarrollo compatible e integrado en él. En suma, la legislación ambiental también debe ser sostenible...”

Es cuando menos curioso, que “*la crisis*”, saque a relucir los errores del legislador en todos los ámbitos normativos, y que gracias a ella perfeccionemos nuestras deficientes leyes.

Con todo, vuelve a servir este preámbulo de apoyo a nuestra tesis, introduciendo un vocablo, que entendemos, es muy ilustrativo “*atrofia*”. Otra expresión brillante es que la legislación ambiental también debe ser sostenible. Estamos totalmente de acuerdo con ambas, la idea de que la legislación más prolija es la mejor, no es real como se está demostrando, más bien todo lo contrario. Es cierto que el sector ambiental, es un sector todavía en ciernes y que no dudamos que exija legislación actualizada, que regule los cambios a los que constantemente se ve afectado, pero ello no puede obviar que el bombardeo de una maraña de normativa obstaculiza su desarrollo e impide tanto a los operadores administrativos como a los administrados el buen funcionamiento del sistema, cuando ya ni se sabe lo qué aplicar ni cómo hacerlo.

Por todo esto aplaudimos esa idea de sostenibilidad de la legislación ambiental, que la misma crezca de forma racional y no exponencial en aras de ser más transparente y en definitiva, de lo que se trata, que sea más útil y práctica.

De todas maneras, como ya dijimos anteriormente al respecto del fenómeno de la judicialización, estas “*nuevas formas*” legislativas (Reales Decretos de Medidas Urgentes, Leyes de Acompañamiento), a nuestro juicio adolecen de carecer de una buena técnica legislativa. Por ejemplo, en este caso concreto del Real Decreto 17/2012, lo que propugna es cualquier cosa menos “*sostenible*”.

No puede ser sostenible, entre otras cosas, porque introduce una serie de reformas en el articulado de leyes tan diversas como la Ley de Aguas y la Ley del Mercado de Valores, que nada tienen que ver.

Esta “*nueva forma*” de legislar no es sostenible porque estas normas “*paraguas*” no son nada claras, hay que leerlas al milímetro y porque muchas veces juegan con las Disposiciones Adicionales y Transitorias para dar cabida a modificaciones de gran calado y no meramente superfluas.

No parecen el instrumento más idóneo para realizar una legislación sostenible...

VI.- MARCO ACTUAL

Nuevo modelo uniformador estatal.

2

El legislador estatal para dar solución a este enmarañado entramado legislativo ha optado por la unificación de régimen, en la nueva regulación instaurada para estas actividades, comenzando por el artículo 27 de 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:

“Artículo 27. Modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

La Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, queda modificada del siguiente modo:

Uno. El artículo 42 queda redactado del siguiente modo:

Artículo 42. Condiciones que deben cumplir las instalaciones e instaladores.

“...Los interesados en su prestación deberán, con anterioridad al inicio de la actividad, presentar al Registro de empresas instaladoras de telecomunicación una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos relativos a la capacidad técnica y a la cualificación profesional para el ejercicio de la actividad, medios técnicos y cobertura mínima del seguro en los términos que se determinen reglamentariamente. Los requisitos de acceso a la actividad y su ejercicio serán proporcionados, no discriminatorios, transparentes y objetivos, y estarán clara y directamente vinculados al interés general concreto que los justifique.

La declaración responsable habilita para la prestación a terceros de servicios de instalación o mantenimiento de equipos o sistemas de telecomunicación en todo el territorio español y con una duración indefinida...”

-Debemos traer a colación también en este punto tanto el **Informe** realizado por la Administración del Estado respecto a la Transposición de la Directiva y su **Anexo**:

“ VIII. 18. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES TELECOMUNICACIONES

La Ley 25/09 ha modificado el artículo 42 de la Ley 32/03, de 3 de Noviembre, General de Telecomunicaciones, que determina las condiciones que habrán de cumplir los prestadores de servicios de instalación y mantenimiento de equipos o sistemas de telecomunicación a fin de que la importante labor que desempeñas contribuya a la innovación tecnológica sin afectar a la seguridad de las redes de telecomunicaciones.

La modificación que la Ley 25/09 ha efectuado del artículo 42 de la Ley 32/03, tiene como objetivo establecer que la prestación a terceros de servicios de instalación o mantenimiento de equipos o sistemas de telecomunicaciones se realizará en régimen de libre competencia, sin más trámite que la presentación de una declaración responsable ante el Registro de empresas instaladoras de telecomunicaciones.

El Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento regulador de la actividad de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicación, consagra el nuevo sistema de declaración responsable para poder ejercer esta actividad frente al sistema anterior de autorización administrativa previa, desarrolla el contenido de dicha declaración responsable, regula los requisitos que deben cumplir las empresas para ser instaladoras de telecomunicaciones (requisitos que no han sufrido cambios significativos), regula el Registro de empresas instaladoras de telecomunicaciones y garantiza, al mismo tiempo, la seguridad de las redes de telecomunicaciones y la protección de los consumidores y usuarios del servicio.

Toda esta regulación contenida en el Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento regulador de la actividad de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicación dota de seguridad jurídica al proceso de transición desde el actual sistema de autorización previa hacia el nuevo sistema de Declaración responsable.”

2-Anexo del Informe sobre Transposición de la Directiva de Servicios:

“ÁREA DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES”

- ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

I. AUTORIZACIONES ELIMINADAS

A. SOBRE EL LIBRE ESTABLECIMIENTO

- Se sustituye la autorización administrativa previa para poder ejercer la actividad de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones, por una **declaración responsable – sin necesidad de aportar documentación adicional-** para ejercer la actividad.

II. REQUISITOS ELIMINADOS

B. SOBRE LA LIBRE PRESTACIÓN

- No se exigirá a los prestadores establecidos en otros Estados miembros requisitos que sean equivalentes o comparables, en lo esencial, por su finalidad a los que ya esté sometido en otro Estado miembro para el ejercicio de la actividad. Como se observa, se propone la antítesis a nuestra propuesta, estableciendo la Declaración Responsable como medio para poder ejercer la actividad. Como señala el Anexo del Informe de Transposición “*sin necesidad de aportar documentación adicional*”, es decir valdría simplemente la mera presentación de la Declaración Responsable sin más.

Si nos vamos a la web del Registro de Instaladores de Telecomunicación, de carácter público y de ámbito nacional, creado en la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, podemos observar que lo afirmando no es del todo cierto, ya que en la misma, eso sí “*con carácter voluntario para una mejor comprensión de su declaración, es aconsejable que tenga preparada la siguiente documentación en ficheros .pdf, para poder anexarlos a la Declaración.*”

Evidentemente tanto el Anexo del Informe de Transposición de la Directiva como estos requisitos recogidos en la web, non son disposiciones normativas vinculantes.

Lo que sí es vinculante es el artículo 42 de la Ley General de Telecomunicaciones, que dispone:

28

“Los interesados en su prestación **deberán**, con anterioridad al inicio de la actividad, presentar al Registro de empresas instaladoras de telecomunicación una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos relativos a la capacidad técnica y a la cualificación profesional para el ejercicio de la actividad, medios técnicos y cobertura mínima del seguro en los términos que **se determinen reglamentariamente.**”

-El desarrollo reglamentario viene en el Real Decreto 244/2010, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de la actividad de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicación, concretamente en su artículo 2.

-El Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que instauró a priori novedades en la tramitación de las licencias de actividad “*inocuas*” no recoge en su Anexo los servicios de telecomunicaciones, por lo que no es aplicable su supuesto régimen novedoso a las estaciones base de telefonía móvil. De este modo, el régimen de autorización de las mismas no puede ser vía Declaración Responsable amparada en este Decreto Estatal, sino licenciable como demandamos.

La contradicción entre la normativa estatal en esta materia queda patente con este nuevo y enésimo Real Decreto Ley. Parece cuando menos sorprendente, que no se haya incluido en el mismo esta actividad, cuando todos los precedentes apuntaban a ello.

Después de todo este compendio legislativo conviene estudiar si formalmente la figura de la Declaración Responsable sería la idónea para este procedimiento, sin entrar en el fondo de la cuestión, que como ya expusimos, estamos totalmente en contra pues esta actividad sólo puede estar amparada bajo licencia.

Aquí debemos traer a colación los dictados de Razquin Lizarraga y de Carlos Pérez González. Éste último expone, a nuestro modo de ver con acierto en su artículo *“El nuevo régimen de intervención administrativa en las entidades locales de Galicia, tras la transposición de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el el Mercado Interior”*, la diferenciación y caracterización de las figuras de la Declaración Responsable y de la Comunicación Previa:

“La Ley nº 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, define en el art. 3.º, lo que se entiende por “declaración responsable”:

“El documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante su vigencia”.

Así pues, la citada definición ni siquiera exige que se presente un certificado técnico de cumplimiento de la normativa de aplicación, si bien a nivel de ordenanza municipal y en desarrollo la legislación estatal básica, nada impide que se establezca esta exigencia documental mínima, considerando que facilitaría el control a posteriori.

Paradójicamente la citada Ley nº 17/2009, no define el concepto de “comunicación previa” en las definiciones contenidas en el art. 3º, aunque lo cita permanentemente, siendo este el acto mediante el cual el prestador de servicios comunica a la Administración su intención de iniciar una determinada actividad de prestación de servicios. Esta omisión se ve paliada al introducir su

definición en el ordenamiento jurídico estatal el art. 71 bis.2º de la Ley nº 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción otorgada por la Ley nº 25/2009, al disponer:

“A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1”.

Esa definición más abierta del concepto de “comunicación previa”, va a ser el que permita articular en la práctica, una mayor aportación de documentación por el interesado. Este requisito parece de más difícil exigencia en la “declaración responsable”, donde el titular de la actividad “declara bajo su responsabilidad” (art. 3.º Ley 17/2009).”

De lo expuesto concluimos que en sí misma la figura de la Declaración Responsable está bien empleada, ya que se limita a realizar una adveración del cumplimiento de los requisitos, sin tener que aportar documentación adicional. Si bien deja abierta la posibilidad y es más induce claramente a la presentación de la misma cuando se expresa en la web del Registro ***“con carácter voluntario para una mejor comprensión de su declaración, es aconsejable que tenga preparada la siguiente documentación en ficheros .pdf, para poder anexarlos a la Declaración”.***

Para salvar este tipo de obstáculos nosotros optaríamos por establecer un **régimen híbrido** en el que dar cabida a los fundamentos de las dos figuras: Comunicación Previa y Declaración Responsable, bajo la Forma única de Comunicación Previa con una Cláusula Final y Residual de Declaración Responsable. Esta solución se adopta por la caracterización jurídica de las dos figuras.

Si nos vamos a la **web del Registro de Instaladores de Telecomunicación**, de carácter público y de ámbito nacional, creado en la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, podemos observar que lo afirmando no es del todo cierto, ya que en la misma, eso sí *“con carácter voluntario para una mejor comprensión de su declaración, es aconsejable que tenga preparada la siguiente documentación en ficheros .pdf, para poder anexarlos a la Declaración:*

- *Certificado de la compañía aseguradora, en el que conste el nombre de la empresa instaladora, el importe de la póliza y los daños que cubre el seguro de responsabilidad civil suscrito, o de la entidad, debidamente autorizada, con la que tiene suscrito el aval u otra garantía financiera equivalente.*

- *Características y datos que identifiquen los equipos de medida utilizados en su actividad.*

- *Justificante de haber hecho efectivo el pago de la tasa por tramitación de expediente (102,48 euros para la anualidad 2011).*

- *Copia adverada de las escrituras de constitución de la sociedad, en el caso de que la empresa instaladora sea una entidad jurídica.*

- *Fotocopia compulsada del título académico que faculta como titulado competente al titular de la empresa o a alguno de los empleados con contrato laboral.”*

Web:

<http://www.minetur.gob.es/telecomunicaciones/infraestructuras/registroinstaladores/paginas/index.aspx>

El modelo normalizado de la Declaración Responsable viene recogido en la Orden ITC/1142/2010, de 29 de abril, por la que se desarrolla el Reglamento regulador de la actividad de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicación, aprobado por el *Real Decreto 244/2010*, de 5 de marzo, en su Art.3:

«Artículo 3. Modelos de declaración responsable ante el Registro de empresas instaladoras de telecomunicación».

-Posteriormente el legislador, por fin ha optado por recoger expresamente estas instalaciones en la Disposición adicional tercera. Instalaciones de redes públicas de comunicaciones electrónicas de la Ley 12/12 de Medidas Urgentes de liberalización del

comercio y de determinados servicios también recoge estas instalaciones:

«Las disposiciones contenidas en el Título I de esta Ley se aplicarán a las estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, a excepción de aquéllas en las que concurran las circunstancias referidas en el artículo 2.2 de esta Ley, ocupen una superficie superior a 300 metros cuadrados, computándose a tal efecto toda la superficie incluida dentro del vallado de la estación o instalación o, tratándose de instalaciones de nueva construcción, tengan impacto en espacios naturales protegidos.

La presente Disposición se entiende sin perjuicio de la aplicación a dichas instalaciones de lo establecido en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.»

Por lo expuesto, la tramitación ante los Ayuntamientos de estas instalaciones será mediante **Comunicación previa que deberá acompañar con la la Declaración responsable de la inscripción ante el Registro de empresas instaladoras de telecomunicación**. De oficio el Ayuntamiento puede comprobar en la bases de datos de instaladores la efectiva inscripción del solicitante.

Por último el día 11/5/2014 ha entrado en vigor Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones que ha incorporado ha nuestro Ordenamiento la *Directiva 2009/136/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (*Derechos de los Usuarios*), y la *Directiva 2009/140/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Mejor Regulación).

Su Preámbulo dispone su Declaración de intenciones respecto a la tramitación en Telecomunicaciones:

*«Con el mismo objetivo de facilitar el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, se procede a una **simplificación administrativa, eliminando licencias y autorizaciones por parte de la administración de las telecomunicaciones** para determinadas categorías de instalaciones que hacen uso del espectro. En la misma línea se prevé una **revisión de las licencias o autorizaciones por parte de las Administraciones competentes, eliminando su exigibilidad para determinadas instalaciones en propiedad privada o para la renovación tecnológica de las redes** y se facilita el despliegue de las nuevas redes permitiendo el acceso a las infraestructuras de otros sectores económicos susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas.»*

Destaca sobre todo Su Disposición Derogatoria Única (Derogación Normativa) ha dejado sin vigor la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y todas las disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Y a razón de ésto último la Disposición transitoria primera (Normativa anterior a la entrada en vigor de esta Ley) y la Disposición Transitoria Séptima (Solicitudes de autorizaciones o licencias administrativas efectuadas con anterioridad), que establecen lo siguiente:

Disposición transitoria primera

«Las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley o dictadas en desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta Ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo.»

Disposición transitoria séptima

«1. Los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, y que tengan por finalidad la obtención de las licencias o autorizaciones de obra, instalaciones, de funcionamiento o de actividad, o de carácter medioambiental u otras de clase similar o análogas que fuesen precisas con arreglo a la normativa anterior, se tramitarán y resolverán por la normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el interesado podrá, con anterioridad a la resolución, desistir de su solicitud y, de este modo, optar por la aplicación de la nueva normativa en lo que ésta a su vez resultare de aplicación. Disposición transitoria octava. Registro de operadores.

A la entrada en vigor de la presente Ley, se mantiene la inscripción de los datos que figuren en el Registro de operadores regulado en el artículo 7 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.»

Como se puede observar sigue una línea continuista, a pesar de ser nueva y mantiene el “*status quo*” regulatorio, dejando para un futuro Reglamento de desarrollo la regulación más pormenorizada.

Ésto se observa en los artículos 6 y 7, donde no varía en principio, hasta el futuro desarrollo normativo (aquí dice expresamente “*en los término que se determinen mediante Real Decreto*”) la tramitación de la

actividad, en la cual sigue vigente que con anterioridad al inicio de la actividad, los interesados deberán comunicarlo previamente al Registro de operadores, en donde figurarán inscritos, los datos preceptivos para el desarrollo de la actividad.

Por lo tanto, no varía por ahora el régimen que recoge la Ley 33/2003 y la Ley 12/12, el interesado deberá presentar la Comunicación Previa ante el Ayuntamiento junto con la Comunicación Previa de la inscripción ante el Registro de Operadores, o en caso de ya estar inscritos prueba fehaciente de su inscripción (código de verificación, etc...).

Destaca también en la nueva Ley de Telecomunicaciones la Disposición adicional decimonovena. Estaciones radioeléctricas de radioaficionado.

«En la instalación de estaciones radioeléctricas de radioaficionado se aplicará lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, sin perjuicio de la aplicación de la Ley 19/1983, de 16 de noviembre, sobre regulación del derecho a instalar en el exterior de los inmuebles las antenas de las estaciones radioeléctricas de aficionados, y su normativa de desarrollo.»

De este modo también registrará la Comunicación Previa ante el Ayuntamiento para este tipo de estaciones.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

CHOLBI CACHÁ, MERINO MOLLINS, “Comentario crítico sobre la directiva de Servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”.

FEMP-AETIC, “Código de buenas prácticas para la instalación de infraestructuras de telefonía móvil”.

GARCÍA LEIVA, M^a TRINIDAD, “La Unión Europea y el espectro radioeléctrico: de la armonización técnica a la liberalización del interés público”.

LOBO RODRIGO, ÁNGEL, “La Ordenación del Territorio y el Urbanismo como medio de organización de redes de telecomunicaciones. Especial atención a las inalámbricas”, REGAP n^o31, maio-agosto 2002, páx.107-145.

NOGUEIRA LÓPEZ , ALBA, “¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control del acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis”.

PÉREZ GONZÁLEZ, CARLOS, “El nuevo régimen de intervención administrativa en las Entidades Locales de Galicia, tras la transposición de Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el Mercado Interior”.

PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, Revista de Administración Pública n^o 180, septiembre-diciembre 2009, pp. 217-218.

RAZQUIN LIZARRAGA, “De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la directiva de servicios”, Revista Aranzadi Doctrinal, n^o 2, mayo 2010, pp. 127-128.

RODRÍGUEZ – CHAVES MIMBRERO, BLANCA, “El ámbito de regulación de la normativa municipal en materia de telefonía móvil”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente n^o 242, Madrid, junio 2008, págs.. 177-232.

SILVA LÓPEZ, M^a DEL CARMEN, “Xornadas sobre a problemática no ámbito local das instalación de telefonía móbil e doutras conduccións enerxéticas e de telecomunicacións”, REGAP n^o 30, xaneiro-abril 2002, páx. 305-335.

LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS

Álvaro Sedano Lorenzo

Letrado del Cuerpo Jurídico Militar

SUMARIO

ABREVIATURAS. 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2.1.- Consideraciones generales. 2.2.- Delimitación y limitación de los derechos fundamentales respecto al personal militar. 3.- LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DERIVADOS DE LA IDIOSINCRASIA DE LAS FUERZAS ARMADAS. 3.1.- Principios de disciplina, jerarquía y orden interno. 3.2.- Límites a la libertad de expresión en base a estos principios. 3.3.- Respuesta penal y disciplinaria ante la infracción de estos principios. 4.- LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DERIVADOS DE LA SALVAGUARDA DE LA SEGURIDAD, DEFENSA NACIONAL Y DEBER DE RESERVA. 4.1.- Deberes y obligaciones al respecto. 4.2.- Respuesta penal y disciplinaria ante la infracción de estos deberes. 5.- CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El derecho a la libre manifestación por cualquier medio de pensamientos, ideas y opiniones, corresponde también a los militares si bien, no sólo con las limitaciones generales aplicables a todos los ciudadanos que se derivan de lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Constitución española, sino también las específicas previstas para el ámbito castrense en la Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en las Reales Ordenanzas, en el Código Penal Militar y en su régimen disciplinario, en la medida en que resultan necesarias para preservar los valores y principios consustanciales a la organización militar, es decir, la disciplina, la subordinación jerárquica, la unidad y la cohesión interna, que resultan precisos salvaguardar para garantizar la

funcionalidad de los Ejércitos y el cumplimiento de las misiones que constitucional y legalmente tienen confiadas (art. 8 de la Carta Magna).

En todo caso, el mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas y la protección del deber de neutralidad política de los militares no pueden reducir a sus miembros al puro y simple silencio. Los límites a la libertad de expresión deben interpretarse restrictivamente y, además, sólo caben cuando exista una “necesidad social imperiosa” en los términos estrictamente indispensables para mantener los bienes jurídicos castrenses básicos. La cuestión de fondo es la interpretación de estos en cada supuesto concreto.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, Fuerzas Armadas, disciplina, jerarquía, deber de reserva, seguridad nacional.

ABREVIATURAS.

art.	artículo
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CPM	Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950
DUDH.	Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
FAS	Fuerzas Armadas
FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
GC	Guardia Civil.
LDN	Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional
LORDFAS	Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas

nº.	número
p/pp.	página/s
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.
RD	Real Decreto
RROO	Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas
ss.	siguientes
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

1.- INTRODUCCIÓN.

Ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 se establecía que *“la libre comunicación de los pensamientos y las opiniones es uno de los derechos más apreciados del hombre”*. La libertad de expresión está reconocida en las principales normas internacionales¹. La CE - cuyo art. 10 dispone que *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*² -, consagra este derecho en su art. 20, cuyo apartado 1 a) reza: *“Se reconocen y protegen los derechos: A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”*.

Estamos ante un derecho fundamental del ser humano que, además, tiene íntima relación y es presupuesto de ejercicio de otros derechos y libertades (especialmente a libertad ideológica, religiosa y de culto, el derecho de reunión, manifestación y el derecho a participar en los asuntos públicos).

Efectivamente, la libertad de expresión presenta una doble dimensión: personal y colectiva. Por un lado este derecho posee una dimensión individual muy relevante al afectar a la vertiente intelectual de la persona³; por otro, es fundamental a la hora de formar a la *opinión pública* como uno de los factores esenciales de un Estado democrático de Derecho. La STC 172/1990 dispone: *“Según reiterada doctrina*

constitucional, las libertades del art. 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político o, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático (...)”⁴.

La libertad de expresión, conectada íntimamente a la dignidad de la persona, protege un valor esencial: la existencia de una opinión pública que, a su vez, es condición necesaria para el correcto funcionamiento de la democracia⁵. De aquí, que el derecho a expresarse libremente no sea sólo un derecho de libertad, sino que tiene una innegable dimensión institucional. El derecho a expresarse libremente es, incluso, la condición insoslayable para la existencia de una sociedad abierta⁶.

La libertad de expresión ha sido causa de un amplísimo tratamiento por la doctrina del TC español en estos casi 35 años de vigencia de la Carta Magna. Ampara cualquier expresión o difusión de ideas y opiniones, lo que implica que se tutela la “(...) actividad única e irrepetible de comunicación (un discurso, una conferencia, un concierto), como la difusión de un `hecho expresivo` a un público numeroso mediante cualquier técnica de reproducción. Es indiferente que exista o no contacto directo entre quien ejerce la libertad de expresión y los receptores de la comunicación, y es igualmente indiferente el número de estos”⁷.

La actividad de expresar o difundir ideas u opiniones ha de ser *libre*, lo que supone que no ha de haber restricciones previas ni por parte del Estado, ni en su caso, por parte de sujetos privados⁸. El objeto de la libertad de expresión son los *pensamientos, ideas y opiniones* que se refieren todos ellos a concepciones subjetivas de las personas. Los términos empleados por la Carta Magna son muy generales a la hora de expresar los medios por los que se pueden difundir las ideas y opiniones. Ahora bien, los derechos fundamentales no son absolutos o ilimitados⁹ y, como veremos, tampoco lo es la libertad de expresión.

Las cuestiones derivadas del contenido, alcance y límites de la libertad de expresión son abordadas desde prácticamente todas las ramas del Derecho. Así, desde el Derecho penal, al regular la defensa del derecho al honor, o tipificando conductas contra la seguridad pública, consistentes en delitos de opinión, castigando la apología, determinados tipos de desórdenes públicos o la provocación. Desde el Derecho administrativo se regulan, mediante la técnica de la autorización, funciones organizativas en el ejercicio del derecho de la libertad de expresión, o se establece la policía de espectáculos. El Derecho civil protege, desde una

perspectiva propia, el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen; e incluso el mismo Derecho mercantil impone legítimas restricciones, por ejemplo, a la actividad publicitaria¹⁰.

Sentadas estas consideraciones básicas y generales de la libertad de expresión, ha de precisarse que el objeto de las presentes líneas es más concreto: estudiar la *limitación del ejercicio* – que no la titularidad - de este derecho fundamental respecto a los miembros de las FAS (FAS, en adelante) desde una perspectiva de Derecho Constitucional.

2.- LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

2.1.- Consideraciones generales.

Decía OTTO Y PARDO que “(...) en el sentido propio del término, un límite a un derecho fundamental es una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho o libertad objeto de reconocimiento constitucional mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección del derecho en virtud de una expresa habilitación legal”¹¹.

Un límite de un derecho fundamental, sea cual sea su naturaleza, es siempre la negación en último término de la garantía iusfundamental a una de las posibles conductas que cabría encuadrar en el objeto del derecho fundamental. Por consiguiente, un límite, al tiempo que priva de protección constitucional a una específica expectativa de conducta objeto inicialmente de un derecho fundamental, permite gracias a esa exclusión, el ejercicio del poder público sobre ella o el ámbito en que la misma se desenvuelve.

Los elementos que definen técnicamente a un límite de un derecho fundamental son: a) su carácter externo, b) su proyección sobre el objeto del derecho fundamental, c) y la necesidad de que la propia Constitución habilite al poder público para limitar los derechos fundamentales. Desde una perspectiva material, esos límites o restricciones han de ser: a) necesarios, b) proporcionados y, c) generales¹².

Aunque es habitual tomar en consideración los límites de los derechos de una forma genérica, debemos realizar una serie de consideraciones previas:

En primer lugar debemos diferenciar entre *límites extraordinarios* - supuestos de suspensión general e individualizada de ciertos derechos fundamentales¹³ - de los límites “*ordinarios*”. Dentro de estos últimos podemos distinguir los *límites externos*, de los llamados *límites internos*, pues ambos tipos de restricción responden a un status y función bien distintas. Los primeros son aquellos creados por el poder público habilitado para tal fin por la Constitución: En el caso el sistema constitucional español sólo el legislador español está apoderado para realizar esa tarea en virtud de lo dispuesto en los arts. 81.1 y 53.1 CE (*límites externos por desarrollo legislativo*) y de las expresas remisiones que la propia Constitución hace con ese propósito (*límites externos por remisión legislativa*).

Sin embargo, los *límites internos*, o bien vienen dispuestos explícitamente en la Constitución (los *límites positivos*, así la prohibición de asociaciones secretas o de carácter paramilitar del art 22.5 CE) o bien derivan de la coexistencia de los derechos fundamentales con otras normas de igual rango constitucional (*límites inmanentes o lógicos*).

Como ya hemos señalado, uno de los elementos que definen técnicamente a un límite de un derecho fundamental es su carácter externo, por lo que en sentido estricto sólo los que hemos denominado límites externos son un verdadero *límite*. En rigor, los límites internos son criterios de *delimitación* del objeto del derecho fundamental en cuestión. A través de la concreción de estos límites internos no se priva de garantía a una de las expectativas de comportamiento que se acomodan inicialmente al objeto del derecho fundamental, sino que ese límite constitucionalmente ya fijado las excluye desde un principio de la garantía constitucional.

En esta línea, conviene hacer una mención sobre la distinción entre la *delimitación* y la *limitación* de derechos fundamentales: Cuando se delimita un derecho fundamental se fija mediante la interpretación de la norma fundamental quiénes sean sus titulares, cuál su objeto, su contenido y también sus límites en sentido propio. Es decir, al delimitar un derecho definimos lo que sea ese derecho fundamental. Cuando se limita un derecho fundamental ya no se trata de definir qué sea cada derecho fundamental. Por consiguiente, “cuando se delimita un derecho fundamental se interpreta empleando modelos dogmáticos con el objeto de concretar su ámbito normativo; y esta operación interpretativa es previa a la limitación en sentido propio del derecho fundamental”¹⁴.

Cuestión diferente es si es necesario que un poder público (legislador) deba ser habilitado para crear una norma para realizar esa exclusión, es decir, si el art. 53.1 CE contiene una *reserva de regulación legal de límites inmanentes* o una verdadera *reserva de limitación legal* de los derechos fundamentales¹⁵.

2.2.- Delimitación y limitación de los derechos fundamentales respecto al personal militar.

Los empleados públicos en general, se encuentran sometidos a una *relación de especial sujeción* propia de Derecho administrativo, en la que se integran de modo estable en la organización pública y se convierten en el elemento personal de la misma¹⁶. La relación de especial sujeción implica la existencia de una especial relación jurídica, pero sometida en todo caso a la reserva de ley para su regulación.

Las peculiaridades del régimen jurídico de la profesión militar son las propias de un rígido sistema cerrado de función pública con la estructuración en grados personales jerarquizados, con refuerzos notables en la regulación de la disciplina, a cuyo servicio se articula una jurisdicción específica, la militar¹⁷.

La limitación del ejercicio de ciertos derechos fundamentales de los miembros de las FAS viene justificada, fundamentalmente, por la propia idiosincrasia de la Institución marcial y la relación de especial sujeción de sus miembros con la misma¹⁸. Los principios de disciplina, jerarquía, orden y neutralidad política alcanzan una relevancia capital en las FAS, como exigencias de conducta imprescindibles para el efectivo cumplimiento de los altos fines constitucionalmente encomendados a las FAS, regulados en el artículo 8 CE¹⁹ – incardinado en el Título Preliminar de la Carta Magna -, y para la adecuada y responsable utilización de los medios sensibles que se les confía para el cumplimiento de aquellas misiones.

El militar es también un ciudadano, y como tal tiene derecho a la observancia de sus derechos fundamentales y libertades públicas. La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en su STS de 24 de noviembre de 1992²⁰, reconoció:

(...) el derecho a la libertad de expresión que posee todo militar, como ciudadano, con su límite constitucional en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, en los preceptos de

las leyes que los desarrollan y especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4 CE) y, además, en los límites explícitos que, ya como militar, se contienen en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y específicas de cada Ejército, o los implícitos en la normativa penal y disciplinaria militar, en cuanto restringen actividades que vulneran dicha normativa.

En esta resolución, el Alto Tribunal ya determinó que la condición de militar *no tiene carácter accidental*, y que la CE y el resto del ordenamiento jurídico (entre el cual destacó las RROO) son el marco que define las obligaciones y derechos de los miembros de las FAS y

“(…) constituyen la pauta de conducta hacia los militares y los que no lo son de quien ostente la condición de militar, so pretexto de actuar en esfera distinta de la castrense, pues aparte de las limitaciones dispuestas al ejercicio de sus derechos como ciudadano, que también lo es, y que provienen precisamente por su pertenencia a los Ejércitos, subsiste su integración en las Fuerzas Armadas y la sujeción a su Estatuto, que es lo que define su única personalidad, no desdibujada o borrada por el hecho de que se le reconozcan sus derechos como ciudadano y se le permitan actividades ajenas a lo castrense, con las limitaciones previstas en la Constitución y en las Leyes”.

Por lo tanto, debemos partir de la idea de que la consideración del militar como ciudadano y como miembro de la Institución marcial supone un único régimen jurídico, sin que sea divisible su personalidad según sus ámbitos de actuación.

La libertad de expresión, como resulta de lo dicho, es aplicable a todas las personas – “*no se detiene en la puerta de los cuarteles*”, en expresión del TEDH²¹-, pero no es absoluta o ilimitada. Su ejercicio está sujeto “tanto a los límites constitucionalmente expresos como a otros que puedan fijarse para preservar bienes y derechos constitucionalmente protegidos”²².

Sentado lo anterior, la libertad de expresión del militar se encuentra sometida a los límites generales aplicables a los ciudadanos (básicamente, como expone la Sentencia destacada anteriormente, el respeto a los derechos reconocidos en el Título I CE, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4 CE), y los específicos propios de la relación de sujeción especial voluntariamente aceptada por el personal militar profesional.

En este sentido, cualquier limitación o restricción de esos derechos debe recogerse expresamente en nuestra Carta Magna o estar siempre justificada, en el marco de esa relación de sujeción especial, por los principios de necesidad, proporcionalidad y ponderación entre la limitación impuesta al y el fin público perseguido²³. Sólo es aceptable que haya limitaciones a su ejercicio basadas en la existencia de una relación de sujeción especial, en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial.

En la CE los militares tienen limitados el ejercicio –no la titularidad– de algunos de derechos fundamentales²⁴. Algunos de forma expresa (*límites internos positivos*), son tres: el derecho de sindicación del art. 28.1 CE²⁵, el derecho de petición colectiva del art. 29.2²⁶ y el derecho de sufragio pasivo para los militares en situación administrativa de activo²⁷. También existen restricciones por remisión a la Ley (*límite externo por remisión legislativa*), como el derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 CE en relación con el art. 25.3 CE²⁸.

Al margen de estos límites a los derechos fundamentales, la Carta Magna no recoge explícitamente ningún otro respecto a los miembros de las FAS y, por lo tanto, tampoco a la libertad de expresión. Además, en los principales instrumentos internacionales –referidos en el epígrafe introductorio de este trabajo–, son sólo cuatro los derechos y libertades respecto de los que explícitamente se contempla la posibilidad de fijar limitaciones para los integrantes de las FAS, a saber: los derechos de reunión y asociación²⁹, la libertad de sindicación³⁰ y el derecho de huelga³¹.

Por lo tanto, estos instrumentos internacionales en ningún caso se refieren explícitamente a una restricción de la libertad de expresión respecto a los miembros de las FAS. Como ya se ha dicho, el art. 10.1 CEDH el que reconoce el derecho a la libertad de expresión de toda persona. Y el apartado 2 de este precepto establece: “El ejercicio de estas libertades, que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden (...)”. Compartimos la posición doctrinal que mantiene que las restricciones a la libertad de expresión respecto a los miembros de las FAS pueden encontrar su encaje en el CEDH en este último apartado³².

Volviendo al Derecho interno español, será, pues, a través de los que hemos denominado *límites externos por desarrollo legislativo* – los que establezca el legislador *ex arts. 81.1 y 53.1 CE*³³ – y por los límites *inmanentes o lógicos* – relacionando el art. 20 CE y el art. 8 CE – mediante los que se establecerán las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las FAS (en sentido estricto, delimitación del derecho con estos últimos, y limitación del mismo con aquellos).

Dentro de las Leyes de desarrollo, debemos destacar en el ámbito de las FAS el art. 12 de la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, cuyos apartados 1 y 3 disponen:

“1. El militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la Constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos.

3. En los asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las Fuerzas Armadas, los militares en el ejercicio de la libertad de expresión estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina”.

Esta Ley Orgánica, que desarrolla este derecho fundamental respecto a los miembros de las FAS, al margen de los límites expresos generales en la Carta Magna, establece:

.- Los límites derivados de la salvaguarda de la *seguridad y defensa nacional*.

.- El *deber de reserva*.

.- El respeto a las personas e instituciones y poderes públicos.

.- En los asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las FAS, los límites derivados de la disciplina.

Consideramos que estas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión de los militares, pueden condensarse en dos: a) Los límites derivados de la idiosincrasia de la FAS (basada en los principios de disciplina, jerarquía, orden, cohesión interna y neutralidad, imprescindibles para el cumplimiento de sus fines) y, b) los límites derivados de la salvaguarda de la seguridad, defensa nacional y el deber de reserva. Ambos extremos serán desarrollados en los dos epígrafes siguientes.

3.- LÍMITES DERIVADOS DE LA IDIOSINCRASIA DE LAS FUERZAS ARMADAS.

3.1.- Principios de disciplina, jerarquía y orden interno.

antes de referirnos a estas restricciones de la libertad de expresión, debemos hacer una breve descripción de los principios que informan la estructura de las FAS, predeterminan el estatuto personal de sus miembros y que, a la postre, justifican aquellas limitaciones.

a) El principio de disciplina. El art. 8 del RD 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas - RROO de 2009, desde aquí -, establece: “La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas”.

Como manifiesta la STS –Sala Quinta - de 21 de septiembre de 1988³⁴, sin el principio de disciplina “*es sencillamente impensable un Ejército que merezca el nombre de tal*”; siendo, junto a la jerarquía y unidad, el elemento básico para que las Fuerzas Armadas puedan llevar a cabo con la eficacia necesaria, las funciones que tienen encomendadas en el art. 8 de la Constitución Española.

La STS- Sala Quinta - de 10 de noviembre de 1992³⁵, afirma que “el bien jurídico protegido es la disciplina en general que tiene su concreción en la eficacia del servicio, el buen nombre de la Institución y el ataque al principio de ejemplaridad”.

La disciplina, como valor esencial de la Institución Militar, sin el cual no podría existir como tal, no solamente supone- como dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua- la observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto, sino el acatamiento interno y externo de las reglas que configuran las propias FAS. La inobservancia de dichas reglas, supone el quebrantamiento de la disciplina, y es precisamente el respeto a dicho valor esencial el que permite limitar el ejercicio a la libertad de expresión de los militares”³⁶.

b) El principio de jerarquía. El art. 9 RROO de 2009, bajo la rúbrica de *jerarquía* reza:

“El militar desempeñará sus cometidos con estricto respeto al orden jerárquico militar en la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas, que define la situación relativa entre sus miembros en cuanto concierne a mando, subordinación y responsabilidad. Los que ocupan los diversos niveles de la jerarquía están investidos de autoridad en razón de su cargo, destino o servicio y asumirán plenamente la consiguiente responsabilidad. La autoridad implica el derecho y el deber de tomar decisiones, dar órdenes y hacerlas cumplir, fortalecer la moral, motivar a los subordinados, mantener la disciplina y administrar los medios asignados”.

La relación jerárquica castrense es permanente, y sitúa dentro de la misma a quienes sean superiores e inferiores, en la esfera militar, constituyendo el engranaje preciso e indispensable para el buen funcionamiento de los Ejércitos, en el que se determina quién ejerce el mando, quién le está subordinado, qué le está subordinado, qué derechos y deberes surgen de la relación armónica entre ambos, y qué responsabilidades pesan sobre uno y sobre otro. Mientras se es militar, el comportamiento de la persona está sometido a las normas que lo conforman, y no puede sustraerse a las mismas por decisión unilateral de voluntad³⁷.

En definitiva, según constante jurisprudencia del Alto Tribunal, la relación jerárquica de superioridad que la condición militar determina entre individuos distintos en quienes concorra “tiene *carácter permanente* y se proyecta fuera del servicio, con independencia de cualquier condicionamiento, fijando el empleo la posición relativa entre los militares”³⁸.

c) El principio de orden interno. El art. 10 RROO de 2009, “Unidad de las Fuerzas Armadas”, establece que el militar “se comportará en todo momento con lealtad y compañerismo, como expresión de la voluntad de asumir solidariamente con los demás miembros de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de sus misiones, contribuyendo de esta forma a la unidad de las mismas”³⁹.

3.2.- Límites a la libertad de expresión en base a estos principios.

Como carácter general, podemos afirmar que estamos ante una *delimitación* de la libertad de expresión, cuyo contorno se define, muy especialmente a través del Código Penal Militar y de la Ley de Régimen Disciplinario de los miembros de las FAS.

El TEDH en su Sentencia de 21 de enero de 1.999, Caso Janowski vs Polonia, ha afirmado:

“Ha quedado establecido que el Convenio es válido en principio para los miembros de las Fuerzas Armadas y no solamente para los civiles. Al interpretar y aplicar las normas de dicho texto (...) el Tribunal debe estar atento a las particularidades de la condición militar y a sus consecuencias en la situación de los miembros de las Fuerzas Armadas. (...) el art. 10 no se detiene a las puertas de los cuarteles. (...) Estado debe poder restringir la libertad de expresión allá donde exista una amenaza real para la disciplina militar; no concibiéndose el funcionamiento eficaz de un ejército sin unas normas jurídicas destinadas a impedir que se socave dicha disciplina. Las autoridades internas no pueden, sin embargo, basarse en tales normas para obstaculizar la manifestación de opiniones incluso cuando sean dirigidas contra el Ejército como institución”.

En el mismo sentido, el TC señala que “dentro de las limitaciones a los derechos del art. 20 CE deben singularizarse las referentes a los miembros de las Fuerzas Armadas en atención a las peculiaridades de éstas, y a las misiones que se le atribuyen. Dadas las importantes tareas que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 de la CE, resulta de indudable interés el que las mismas se configuren de forma idónea para el cumplimiento de sus fines”⁴⁰.

El TC ha justificado la pervivencia de un estatuto especial de las FAS que comporta la limitación de los derechos de sus miembros, tanto en la “*voluntariedad del ingreso en las mismas*”⁴¹, como en los dos principios básicos que son el mantenimiento de la conveniente “*despolitización*” de las mismas y “la necesidad de mantener la disciplina y el principio de jerarquía que, tratándose de las Fuerzas Armadas, resultan a todas luces imprescindibles”⁴².

La teoría de sujeción especial del militar con la Administración junto a los principios que informan las FAS, son instrumentos más hábiles y eficaces para justificar las restricciones de algunos derechos fundamentales en general, y la libertad de expresión en particular, que para poner límites a esas restricciones. Sentado lo anterior, el problema se circunscribe a precisar los casos en que los militares no pueden ampararse en el derecho a la libertad de expresión a la hora de emitir sus opiniones o ideas.

En los términos de la STEDH de 21 de enero de 1.999 ya citada⁴³, sólo cabe limitar el derecho de expresión de los militares cuando

exista una “*necesidad social imperiosa*”, lo que ocurrirá allí donde pueda tener lugar una amenaza real para la disciplina y la cohesión interna de las FAS que legitime la imposición de límites a la libertad de expresión, siempre que sean conformes con la defensa de bienes o valores con relevancia constitucional⁴⁴. Además, las limitaciones al ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión, también en el ámbito castrense, deben entenderse y aplicarse con carácter restrictivo⁴⁵.

El problema consiste en determinar los límites a la libertad de expresión de modo que, garantizadas la *disciplina* por una parte y la *neutralidad política* de las Fuerzas Armadas por otra, no se reduzca a sus miembros al puro y simple silencio⁴⁶. En esta línea, podemos afirmar que todo miembro de las FAS puede expresarse libremente siempre que observe con la mayor escrupulosidad el respeto debido a sus superiores jerárquicos y a la dignidad y honor de superiores, o iguales e inferiores; que observe con idéntica severidad su deber de neutralidad política; que dé cumplimiento a sus obligaciones sobre previa autorización cuando la materia sobre la que pretende manifestarse es de las sometidas a este requisito; y que acate, en general, las limitaciones que a su estatuto personal –libremente escogido y aceptado- le imponen.

3.3.- Respuesta penal y disciplinaria ante la infracción de estos principios.

Como ya se ha expuesto, son las normas punitivas castrenses, implementadas e interpretadas en cada supuesto concreto, las que establecen implícitamente las restricciones a la libertad de expresión. En este sentido, el art. 7 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, considera faltas leves⁴⁷:

“8. Las manifestaciones de tibieza o disgusto en el servicio y las murmuraciones contra el mismo, las órdenes del mando o de otros militares (...).

12. La falta de respeto a superiores y, en especial, las razones descompuestas o réplicas desatentas a los mismos⁴⁸.

14. Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados⁴⁹.

16. Corregir a un subordinado de forma desconsiderada.

17. Ofender a un subordinado o compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas

20. La omisión de saludo a un superior, el no devolverlo a un igual o inferior (...).

29. Emitir o tolerar expresiones contrarias, realizar actos levemente irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones y poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así como contra los representantes de otras naciones, las Fuerzas Armadas y los Cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus mandos y autoridades militares cuando no constituyan infracción más grave o delito.

30. El trato incorrecto con la población civil en el desempeño de funciones militares⁵⁰.

31. Expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales o que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia.

32. Prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida.

34. Las demás que, no estando en los apartados anteriores, supongan inobservancia leve de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones que rigen la Institución Militar”⁵¹.

El art. 8 de la LO 8/1998, regula como faltas graves⁵²:

“18. Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo”⁵³.

32. Emitir o tolerar manifiesta y públicamente expresiones contrarias, realizar actos irrespetuosos o adoptar actitud de menosprecio contra la Constitución, la Corona y demás órganos, instituciones o poderes o las personas y autoridades que las encarnan, la Bandera, Escudo e Himno nacionales y de las demás instituciones representativas, así

como contra los representantes de otras naciones, las Fuerzas Armadas y los Cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar; así como sus mandos y autoridades militares cuando no constituyan infracción más grave o delito.

34. Sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida, estar afiliado a alguna organización política o sindical, asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical, ejercer cargos de carácter político o sindical o aceptar candidaturas para ellos con las excepciones establecidas por las leyes”.

Finalmente, se regula como causa de sanción disciplinaria extraordinaria (o falta muy grave)⁵⁴ “manifestar, mediante expresiones o actos con trascendencia pública, una actitud gravemente contraria a la Constitución o a Su Majestad el Rey” (art. 17. 4 LO 8/1998).

En este ámbito debemos destacar que la dimensión objetiva de los derechos esenciales y su carácter informador del ordenamiento jurídico, obliga a los Tribunales al decidir en materia sancionadora a tener presente su contenido constitucional, al objeto de no imponer correcciones que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o bien produzcan un efecto disuasorio respecto de su ejercicio⁵⁵, razón por la cual resulta obligado realizar una adecuada ponderación que respete la posición constitucional de los derechos en juego⁵⁶.

En el ámbito penal militar, debemos destacar el art. 101 CPM, que tipifica, entre otras, la conducta del militar que amenazare o injuriare en su presencia, por escrito o con publicidad, a un superior⁵⁷.

4.- LÍMITES DERIVADOS DE LA SALVAGUARDA DE LA SEGURIDAD, DEFENSA NACIONAL Y DEBER DE RESERVA.

4.1.- Deberes y obligaciones al respecto.

El art. 21.1 de la LO 9/2011 reza: “*el militar está sujeto a la legislación general sobre secretos oficiales y materias clasificadas*”. Efectivamente,

el militar debe observar las disposiciones y medidas vigentes sobre materias clasificadas y protección de datos de carácter personal, así como las relacionadas con el acceso a lugares restringidos (art. 33 RROO de 2009)⁵⁸.

El deber de reserva o de sigilo es más difuso. En general, afecta a cualquier servidor público – civil o militar -, que debe guardar discreción sobre asuntos relativos a su servicio o de los que tiene conocimiento por razón del mismo. Este deber de discreción – en algunos ámbitos se denomina *secreto profesional*⁵⁹ – implica la obligación de no divulgar datos o noticias de las que el servidor público tenga conocimiento por razón de su cargo y que puedan perjudicar al servicio.

El art. 5 RROO de 2009, dentro de la normas de “*actuación del militar como servidor público*”, afirma que el militar “*deberá actuar con arreglo a los principios de (...) responsabilidad (...), confidencialidad (...)*”. Igualmente, el art. 33 de esta Norma dispone que el militar “*guardará discreción sobre los asuntos relativos al servicio*”. En el vigente art. 178 RROO de 1978, establece reconoce el derecho de todo militar a la libertad de expresión, pero a renglón seguido lo limita al exigir “*autorización previa para su ejercicio, cuando trate cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que sólo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las FAS*”.

4.2.- Respuesta penal y disciplinaria ante la infracción de estos deberes.

Ante la una infracción de los deberes militares y limitaciones expuestas – “*ut supra*” –, podrá exigirse responsabilidad penal o disciplinaria. Sistematizamos distintos supuestos:

Respecto a la responsabilidad administrativa, que en este ámbito adquiere un marcado carácter preventivo, debemos destacar los siguientes preceptos de la Ley de Régimen Disciplinario de las FAS, en los que coexisten las obligaciones derivadas de la salvaguarda de la seguridad, defensa nacional y el deber de reserva:

Es falta leve: La inexactitud en el cumplimiento de las normas sobre seguridad militar en materia de obligada reserva (art. 7.3). Son faltas graves: Incumplir las normas de obligada reserva sobre asuntos del servicio, sin causar perjuicio grave a la seguridad militar (art. 8.10); divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la

seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las FAS, cuando no constituya delito (art. 8.11).

Respecto a la responsabilidad penal en supuestos de revelación de secretos o informaciones relativas a la Seguridad Nacional y Defensa Nacional, hemos de destacar el Capítulo III del Título I del Libro II (arts. 53 a 56) del CPM los delitos de revelación de secretos o informaciones relativas a la Seguridad Nacional y Defensa Nacional⁶⁰.

5.- CONCLUSIONES.

Las limitaciones del ejercicio del derecho de los miembros de las FAS, si bien se intuyen imprescindibles por todos los argumentos expuestos, operan en cierta forma sobre la base de *cláusulas generales de perfiles jurídicos relativamente vagos e indefinidos*, que dificultan de forma relevante la fijación con auténticos criterios de *seguridad jurídica* del régimen aplicable en relación con la libertad de expresión. Por ello es imprescindible acudir a un casuismo que, reconozcamos, no ayuda a evitar que exista un ámbito de incertidumbre en cuanto a la valoración previa de ciertas expresiones o conductas que, finalmente, deben ir siendo aclaradas a golpe de sentencia.

En el ámbito de este casuismo necesario, será imprescindible que cualquier resolución sancionada dictada en base a los preceptos recogidos en este trabajo como delimitadores de la libertad de expresión de los miembros de las FAS precisen las obligaciones concretas incumplidas por el sancionado que afectan a los valores castrenses (STS – Sala de lo Militar, de 21 de mayo de 2014).

El máximo respeto de los principios de la disciplina, jerarquía, orden y cohesión interna en las FAS, y la protección del deber de neutralidad política de los militares, no pueden reducir a sus miembros al puro y simple silencio. Los límites a la libertad de expresión deben interpretarse *restrictivamente* y, además, sólo caben cuando exista una “*necesidad social imperiosa*” en los términos estrictamente indispensables para mantener los bienes jurídicos castrenses básicos.

Como se ha dicho, los límites a la libertad de expresión han de interpretarse restrictivamente, incluido el necesario respeto a la neutralidad política. ¿Puede un militar ser parte activa en una asociación anti/pro abortista? ¿Y ecologista o feminista? ¿Puede promover o ser parte activa de una campaña de una asociación a favor de la custodia compartida? ¿Puede expresarse en un Pleno de una corporación local, como vecino de un municipio y en el turno de palabra al público – si lo hubiere – en contra de una determinada política urbanística del concejal de turno o protestar por la instalación de una industria contaminante en el municipio? En términos amplios, ¿no es política lo que realiza la dirección de una comunidad de vecinos, la dirección de una asociación de madres y padres de alumnos, de cazadores, pescadores, o de afectados por una causa? ¿Hay alguna actuación pública exenta al cien por cien de una valoración política?

Sin duda, éstas y otras muchas cuestiones deben interpretarse restrictivamente, y ceñir el carácter de los “asuntos públicos” limitados por el deber de neutralidad política a los estrictos términos del art. 23.1 CE, so pena de hacer incompatible la condición de militar y ciudadano en el Estado social y democrático de Derecho del s. XXI. A pesar de lo dispuesto, la consideración individualizada, el casuismo, deviene en una nota ineludible en este campo de estudio.

BIBLIOGRAFÍA.

BACIGALUPO, Mariano, *La aplicación de la doctrina de los ‘límites inmanentes’ a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal*, en Revista Española de Derecho Constitucional, Nº. 38, 1993.

BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO J. (y otros), *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

CORRALES ELIZONDO, AGUSTÍN, *Perspectivas de la libertad de expresión en las fuerzas armadas*, en *Estudios de derecho judicial*, Nº. 112, 2006 (Ejemplar dedicado a: Jurisdicción militar: aspectos penales y disciplinarios).

FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional*, Revista de Estudios Políticos, N°. 64, 1989.

LLORENTE SAGASETA DE ILLURDOZ, JOSÉ MARÍA, *Límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de los miembros de las fuerzas armadas*, Estudios de derecho judicial, N°. 112, 2006 (Ejemplar dedicado a: Jurisdicción militar: aspectos penales y disciplinarios).

LÓPEZ GUERRA, Luis, *Curso de Derecho Constitucional. Primera Parte*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.

OTTO Y PARDO, IGNACIO DE, *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1988.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2010.

PEÑARRUBIA IZA, José María. *Presupuestos Constitucionales de la Función Militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho Constitucional*, Dykinson, 2004.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, *Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información*, Revista Española de Derecho Constitucional, N°. 23, 1988.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, *La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional, N°. 32, 1991.

NOTAS

1 Vid. arts. 19 y 29.2 DUDH, el art. 19 PIDCP y el art. 10 CEDH.

2 El art. 96.1 CE sienta: “los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.

3 SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 477.

4 Vid. también SSTC 6/1981, 20/1990.

5 SSTC 6/1981, 20/1990, 85/1992 y las dictadas en cuantas ocasiones ha tratado este derecho.

6 SSTC 106/1986, 107/1988 y 171/1990.

7 LÓPEZ GUERRA, Luis, *Curso de Derecho Constitucional*. Primera Parte, Tirant lo Blanc, 2002, Valencia, p. 263.

8 En el apartado 2 del art. 20 CE se dice: “El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”.

9 Como señaló el TC desde una de sus primeras y más importantes Sentencias (STC 11/1981, de 8 de abril).

10 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, *Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información*, Revista Española de Derecho Constitucional, N.º. 23, 1988, p. 139.

11 DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1988.

12 PEÑARRUBIA IZA, José María. *Presupuestos Constitucionales de la Función Militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 96 y ss.

13 Vid. art. 55 CE. Junto a los supuestos de *suspensión general* de derechos fundamentales en los estados de excepción y de sitio, también debemos destacar el carácter extraordinario de las *restricciones* a ciertos derechos fundamentales establecidos para el estado de alarma, en los términos del art. 11 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

14 Vid. íntegro BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (y otros), *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

15 Vid a este respecto, íntegro, BACIGALUPO, Mariano, *La aplicación de la doctrina de los 'límites inmanentes' a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal*, en Revista Española de Derecho Constitucional, N.º. 38, 1993.

16 Al menos en el modelo administrativo continental o de corte francés.

17 PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 424.

18 La teoría de la sujeción especial, de origen alemán, ha servido para fundamentar el establecimiento de un régimen jurídico profesional para los servidores públicos en general, y muy particularmente para los militares. Respecto a estos, también ha justificado la limitación del ejercicio de ciertos derechos fundamentales. Junto a esta teoría, de amplia consolidación jurisprudencial y doctrinal en España, se han construido otras en Derecho comparado tales como la teoría italiana del ordenamiento especial o interno, o la norteamericana de la comunidad separada.

19 El art.8.1 CE: “Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”.

20 Mediante la que se desestimó un recurso de casación contencioso-disciplinario militar ordinario interpuesto contra una sentencia del Tribunal Militar Central. El Ponente fue el Magistrado Excmo. Sr don José Luis Bermúdez de la Fuente.

21 STEDH de 23 de marzo de 2005.

22 STC 371/1993.

23 LLORENTE SAGASETA DE ILLURDOZ, JOSÉ MARÍA, *Límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de los miembros de las fuerzas armadas*, Estudios de derecho judicial, N.º. 112, 2006 (Ejemplar dedicado a: Jurisdicción militar: aspectos penales y disciplinarios), págs. 455 - 477.

24 CORRALES ELIZONDO, AGUSTÍN, *Perspectivas de la libertad de expresión en las fuerzas armadas*, en Estudios de derecho judicial, N.º.

112, 2006 (Ejemplar dedicado a: Jurisdicción militar: aspectos penales y disciplinarios), págs. 48 y ss.

25 El art. 28. 1 CE: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar (...)”.

26 El art. 29.2 CE establece: “Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica”.

27 Artículo 70. 1 CE: “La Ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso: e. A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo”.

28 El art. 25.3 CE reza: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. A sensu contrario, la Administración militar sí puede imponer sanciones que impliquen la privación de libertad: el tradicionalmente conocido como arresto militar, regulado en la LORDFAS.

29 El artículo 11.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona a la libertad de reunión pacífica y en su apartado segundo, in fine, precisa que “el presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado”. El art. 21 del PIDCP, regula igualmente el derecho de reunión pacífica, y precisa que “su ejercicio sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública (...)”.

30 También recogido en el artículo 11.1 del CEDH, por lo que para el mismo rige también la previsión del inciso final del apartado 2 del precepto. El art. 22 PIDCP, tras reconocer en su apartado primero el derecho de toda persona a asociarse libremente con otras, prescribe que el ejercicio de este derecho “sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública (...)”, y finalmente apostilla que “el presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las FAS o de la Policía”.

31 También recogido en el artículo 11.1 del CEDH, con la previsión del apartado 2 del precepto.

32 FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional*, Revista de Estudios Políticos, Nº. 64, 1989, pág. 103.

33 El art. 81.1 CE dispone: “Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (...)”. El art. 53.1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a”.

34 Cuyo Ponente fue el Excmo. Sr. Jiménez Villarejo.

35 Que resolvió un recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra Sentencia dictada por el Tribunal Militar Central, cuyo Ponente fue el Magistrado Excmo. Sr. José Francisco de Querol Lombardero.

36 STS- Sala Quinta – de 16 de junio de 1993.

37 STS – Sala Quinta - de 30 de noviembre de 1992. La STS – Sala Quinta - de 22 de septiembre de 1992 expresa que un militar se constituye en superior de otro, bien por ostentar un empleo jerárquicamente más elevado, bien en razón del cargo o función que desempeñe más elevado, bien en razón del cargo o función que desempeñe. El militar de empleo jerárquicamente más elevado, siempre ha de ser tenido por superior, incluso cuando realiza las mismas funciones que los que tienen un inferior empleo.

38 STSS – Sala Quinta - a de 17 de noviembre de 2005, y en el mismo sentido las de 09 de mayo de 1990; 11 de junio de 1993; 11 de noviembre de 1995; 01 de febrero de 1996; 15 de marzo de 1999; 13 de enero de 2000; 08 de octubre de 2001; 01 de julio 2002; 02 de noviembre de 2004 y 06 de junio de 2005 y 19 de enero de 2009, entre otras.

39 Para ver la regulación de estos principios, véanse también el art. 4, séptima, de la Ley de la Carrera Militar y 20.1 LODN.

40 STC de 4 de febrero de 2008.

41 STEDH de 1 de julio de 1997 -caso Kalaç vs. Turquía.

42 STS – Sala Quinta – de 26 de mayo de 2010. Como señalan las SSTs –Sala Quinta - de 18 de mayo de 2000 y 08 de febrero de 2001: las características de la Institución Militar radicada en la disciplina, jerarquización y cohesión interna justifican que el legislador introduzca determinadas peculiaridades o incorpore límites en el ejercicio de algunas libertades públicas y derechos fundamentales, como ocurre con la libertad de expresión (art. 20.1 CE). Restricciones que en todo caso han de vincularse a los principios de organización castrense y, en particular, a garantizar la unidad interna de los Ejércitos, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 371/1993, de 13 de diciembre; 270/1994, de 17 de octubre y 288/1994, de 27 de octubre.

43 Véanse en el mismo sentido las SSTEDH Verinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi vs Austria de 19 de diciembre de 1.994, y Grigoriades vs Grecia de 25 de Noviembre de 1.997

44 STC de 16 de septiembre de 2002.

45 SSTC de 14 de junio y 20 de diciembre de 2005, y de 7 de abril de 2006.

46 STS – Sala Quinta - de 19 de abril de 1993.

47 Según el art. 9.1 LO 8/1998, “Las sanciones que pueden imponerse por faltas leves son: Reprensión. Privación de salida de la Unidad hasta ocho días. Arresto de un día a treinta días en domicilio o Unidad”.

48 Vid. SSTs – Sala Quinta - de 19 de enero de 2009 y de 26 de julio de 2010, que interpretan este apartado.

49 Vid. STS – Sala Quinta - de 11 de enero de 2002, que interpreta este apartado.

50 Vid. SSTs – Sala Quinta - de 29 de octubre de 2007 y de 28 de octubre de 2008, que interpretan este apartado. El TS recuerda en estas Resoluciones que la protección del debido respeto a esos órganos y autoridades resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, justificado -en palabras de la mencionada sentencia- “por las exigencias de la específica configuración de éstas, y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores,

como en cuanto acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado”.

51 Dicho apartado ha sido objeto de polémica doctrinal y jurisprudencial por su vaguedad, al configurarse como un tipo residual. Vid. STS – Sala Quinta – de 20 de diciembre de 2005, que analiza este apartado en relación con la libertad de expresión.

52 Según el art. 9.2 LO 8/1998, “Las sanciones que pueden imponerse por faltas graves son: Arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar. Pérdida de destino. Baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación”.

53 Vid. SSTs – Sala Quinta – de 14 de septiembre de 2009, 23 de diciembre de 2009 y 26 de mayo de 2010, que abordan la interpretación de este apartado. Se trata de uno de los apartados que ha dado lugar a una mayor actividad judicial y con una casuística importante. En general, el Alto Tribunal, al interpretar la libertad de expresión en relación con este apartado, afirma que no pueden incluirse en aquélla los supuestos en que los términos empleados deban considerarse irrespetuosos, descomedidos o desmesurados para la superioridad, afectándose los principios nucleares de subordinación y jerarquía, habida cuenta de la obligación de los miembros de las FAS - y de la Guardia Civil – de observar con escrupulosidad el respeto debido a sus superiores jerárquicos y a la dignidad y honor de los mismos, deber éste de respeto y lealtad unido al del buen modo exigible en las expresiones, con sujeción a los arts. 178 y 201 de las RROO de 1978 y con la mesura y la cortesía exigibles en el ámbito castrense.

54 Según el art. 18 LO 8/1998, “son sanciones disciplinarias extraordinarias: La pérdida de puestos en el escalafón. La pérdida definitiva de la aptitud aeronáutica. La suspensión de empleo. La separación del servicio”.

55 SSTC de 28 de octubre de 2002, 2006, de 3 de abril de 2006 y 3 de julio de 2006.

56 STC de 5 de junio de 2006 y de 22 de septiembre de 2008.

57 En términos generales, y no sólo militares, la jurisprudencia del TC es constante al establecer que “las libertades del art. 20.1a) CE no protegen los simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones injuriosas o innecesarias a la hora de emitir cualquier crítica, opinión o idea,

en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad de ofendido” (STC de 4 de febrero de 2008, por todas). El art. 20.1 a) CE no garantiza un pretendido derecho al insulto, pues la *reputación ajena*, en expresión del art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos “*constituye un límite del derecho a expresarse libremente*” (SSTEDH, caso Lingens, de 8 de julio de 1986, caso Barfod, de 22 de febrero de 1989; caso Castells, de 23 de abril de 1992; caso Thorgeir Thorgeirson, de 25 de junio de 1992 y ss.; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992; caso Bladet Tromsø y Stensaas, de 20 de mayo de 1999), añadiendo el TC, que “en suma, el derecho al honor opera como un límite insoslayable que la misma Constitución (art. 20.4 CE) impone al derecho a expresarse libremente, prohibiendo que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa o atentando injustificadamente contra su reputación” (STC de 26 de febrero de 2001).

58 Vid., principalmente, Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales (modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre).

59 Véanse actividades en el que este deber está reforzado, como en la abogacía o en el ámbito médico, en los que está en juego la intimidad y derechos personales de las personas asistidas.

60 En los arts. 2 y 15 LDN, se describe que la política de defensa: (...) tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España.

EL INFORME SECTORIAL SOBRE ACCESIBILIDAD: UNA APROXIMACIÓN DE SU EFICACIA DESDE SU APARICIÓN EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE CASTILLA-LA MANCHA

José Carlos Valero Irala, Arquitecto

Francisco Ibáñez Pérez, Licenciado en Derecho

Secretaría General. Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales.
Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Desde su aparición en 2004, el informe sobre cumplimiento sobre la normativa de accesibilidad, aun siendo no vinculante, ha sido y sigue siendo, una herramienta útil para la verificación de una adecuada concertación interadministrativa. También se puede decir que garantiza un cierto control de calidad sobre la técnica urbanística en la elaboración de los Planes e instrumentos de la ordenación territorial y urbanística en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en materia de accesibilidad y eliminación de barreras. Mediante este trabajo, se realiza un balance cuantitativo y cualitativo de dicha experiencia desde el punto de vista de la Administración emisora de dicho informe en el período que media entre su aparición en 2004 a la actualidad.

PALABRAS CLAVE

Accesibilidad, Barreras arquitectónicas, Diseño urbano, Informe sectorial, Movilidad reducida, Personas con discapacidad, Planes de ordenación municipal, Urbanismo

ABSTRACT

Since its inception in 2004, the report on compliance for accessibility standards, even though it is a non-binding report, remains a useful tool in verifying proper inter-agreement. We can also say that it guarantees a certain quality control of urban technique in the development of the urban plans and instruments of regional and town planning in Castilla-La Mancha, about accessibility and barrier removal. Through this paper, we performed a quantitative and qualitative assessment of the experience from the point of view of the Administration between 2004 to the present.

KEYWORDS

Accessibility, Architectural barriers, Urban design, Urban sectoral report, Reduced mobility, Persons with disabilities, Municipal urban planning, Town planning

SUMARIO

1. Aparición del informe sectorial de accesibilidad. 2. Los Informes sectoriales en materia de urbanismo. 3. Informes sectoriales en la legislación urbanística de Castilla-La Mancha. 4. Instrumentos de planeamiento sujetos a Informe sobre accesibilidad y consecuencias de su omisión. 5. Contenido y sentido del informe sectorial de accesibilidad. 6. Informes emitidos desde su aparición. 7. Incidencias en la emisión del informe sectorial de accesibilidad durante la elaboración y aprobación de los planes urbanísticos. 8. Influencia en los contenidos de los planes urbanísticos. 9. Valoración final. 10. Notas.

1. APARICIÓN DEL INFORME SECTORIAL DE ACCESIBILIDAD.

El informe sectorial de cumplimiento de la normativa de accesibilidad se regula por primera vez mediante el art. 135.2.b del Reglamento de Planeamiento de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado mediante Decreto 248/2004, de 14 de septiembre, en adelante RPLOTAU, que dice textualmente: “a efectos del cumplimiento de la normativa de accesibilidad deberá recabarse informe de la Consejería de Bienestar Social¹ así como de, al menos, una entidad competente en la materia”.

El RPLOTAU entró en vigor el 18 de octubre de 2004², por lo que apenas se lleva diez años de vigencia de la emisión de los informes sectoriales de accesibilidad.

El RPLOTAU desarrolla la propia Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (LOTAU), actualmente Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (en adelante TRLOTAU) aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2010, de 18/05/2010. El art. 135.2.b del RPLOTAU desarrolla el art. 36.2.b del TRLOTAU que, dentro de la tramitación para la aprobación de los Planes de Ordenación Municipales (POM), Planes de Delimitación de Suelo urbano (PDSU), determinados Planes Especiales y Catálogos de Bienes y Espacios Protegidos, regula los informes sectoriales de los distintos departamentos y órganos competentes de las Administraciones exigidos por la legislación reguladora de sus respectivas competencias, una vez concluida la redacción técnica del plan o instrumento de planeamiento de que se trate.

El informe sectorial de accesibilidad lo solicita la Administración que promueve el plan urbanístico correspondiente y se enmarca dentro de la necesaria concertación interadministrativa regulada en el Capítulo I del Título II del TRLOTAU.

2. LOS INFORMES SECTORIALES EN MATERIA DE URBANISMO.

Los informes pueden definirse como el acto jurídico de la Administración Pública consistente en una declaración de juicio emitida por un órgano distinto de aquél a quien corresponde iniciar, instruir o resolver el procedimiento y que sirve para aportar nuevos datos al expediente o comprobar los ya existentes³.

Cabe citar la regulación que de forma genérica hace la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAPyPAC), que en su art. 82 establece que “a efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos y que en la petición de informe se concretará el extremo o extremos acerca de los que se solicita”.

Los informes sectoriales en materia urbanística siguen el criterio general de los informes en materia de procedimiento administrativo, y como tales participan de su misma naturaleza y carácter. De este modo, su carácter preceptivo o no determina o condiciona el procedimiento de aprobación o autorización, al igual que su carácter vinculante o no, condiciona al órgano competente que debe resolver el procedimiento, aprobando el planeamiento o debe dictar la resolución de terminación del mismo⁴.

Según Arranz⁵, se pueden establecer los siguientes tipos de informes:

A) por el órgano que los emite:

1.º Internos: Los emitidos por los funcionarios u órganos de la propia Administración que tramita el procedimiento.

2.º Externos: Los que proceden de un órgano de otra Administración, ya sea territorial (Estado, Comunidad Autónoma, Diputación provincial; Comarca u otra Entidad Territorial), Institucional, o por cualquier ente de carácter asociativo.

B) por la obligación de emitirlos:

1.º Facultativos: Queda a disposición del órgano que instruye el procedimiento o que tiene la competencia de resolverlo, la solicitud de informes: técnicos, jurídicos, económicos, medio ambientales, sanitarios o de cualquier otra índole, que considere conveniente, para concluir el procedimiento a través de resolución.

2.º Preceptivos: Vienen establecidos por una norma, ya sea con rango de Ley, de carácter reglamentario o con carácter de potestad de desarrollo reglamentario de las Corporaciones Locales.

C) por su fuerza o eficacia:

1.º Vinculantes: Obligan a tener en cuenta en la resolución final, su contenido y determinaciones. El órgano que debe resolver queda vinculado al igual que la resolución.

2.º No vinculante: Sus determinaciones y contenido pueden ser o no tenidas en consideración en la resolución del procedimiento. No obligan al órgano que resuelve.

D) por la obligación de emitirlos y su fuerza o eficacia de forma conjunta:

1.º Preceptivos y vinculantes. Se emiten porque una norma en sentido amplio lo establece y además sus determinaciones vinculan al órgano al resolver el procedimiento.

2.º Preceptivos no vinculantes. Es obligatorio emitirlo, pero su contenido no vincula al órgano que tiene la competencia para dictar la resolución, que puede separarse de ellos.

3.º Facultativos no vinculantes. Queda a disposición del órgano que instruye o resulta el procedimiento, el decidir solicitarlos, sin quedar vinculado por los emitidos.

No existen informes vinculantes que no sean preceptivos.

En el caso que nos ocupa, el informe de accesibilidad es preceptivo y no vinculante. Es decir, se corresponde, como manifiesta Arranz⁶, con “aquellos informes, que una norma con rango legal, ya sea la urbanística o cualquier otra de carácter sectorial, establece la obligación de su emisión de forma preceptiva, pero sin tener carácter vinculante”. Y sigue diciendo que, “el contenido de los informes preceptivos sin carácter vinculante, no obligan al órgano competente para adoptar el acuerdo

de aprobación del instrumento de planeamiento en la fase que corresponda, de forma provisional o definitiva, no determinando la eficacia de dicho acuerdo, ni el contenido del planeamiento a aprobar”.

Se debe distinguir entre la falta de solicitud del informe sectorial y su no emisión. En el primer caso, las consecuencias jurídicas de que no se soliciten los informes sectoriales preceptivos y no vinculantes, constituye vicio de anulabilidad del procedimiento, por lo tanto, el acto de aprobación del instrumento de aprobación incurriría en vicio de anulabilidad a los efectos previstos en el art. 63.2 de LRJAPyPAC. Dicha anulabilidad, en el caso de que se declare, afectaría a la vigencia y a los efectos jurídicos del planeamiento aprobado. La declaración de anulabilidad de un acto invalida su aplicación hasta que se haya subsanado el defecto formal, obligando a retrotraer el expediente a la fase en que procede solicitar el informe.

En el segundo caso, de informe solicitado pero no emitido por el órgano competente, se aplicarían técnicas para garantizar que se va a dictar resolución del procedimiento en un determinado plazo. Algunas de estas técnicas, en materia de tramitación y aprobación del planeamiento son⁷:

1. La subrogación de otros órganos en la competencia de aquel órgano o administración que tiene que ejercer la actividad administrativa de resolver y no la ejerce.

2. La actividad de los propios particulares en procedimientos de tramitación y aprobación del planeamiento de desarrollo, pudiendo llevar a cabo, ante la inactividad de la Administración urbanística competente, la información pública.

3. A través del silencio administrativo.

En los últimos años la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se puede ver en la Sentencia de 18 de mayo de 2009 dictada en el recurso de Casación 3013/2006⁸, y en la Sentencia de 28 de octubre de 2009 dictada en el recurso de Casación 3793/2005⁹, ha establecido que procede declarar la nulidad de pleno derecho de cualquier instrumento de planeamiento en el que, durante su tramitación, se hubiera incurrido en un vicio formal.

El Tribunal Supremo afirma que los actos administrativos pueden ser ilegales por nulidad, en aplicación del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, o por simple anulabilidad, en aplicación del artículo 63. Las

disposiciones generales no son nunca anulables, sino nulas de pleno derecho, ya que el artículo 62.2 de la mencionada ley dispone la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas que vulneren las leyes y otras disposiciones de rango superior, sin distinción de valoración formal o material. Por tanto, cualquier infracción del ordenamiento jurídico, supone la nulidad de pleno derecho de la disposición general en cuestión, en el caso que nos ocupa de un instrumento de planeamiento, en virtud del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, y no del artículo 62.1, lo cual provoca la invalidez del instrumento desde el principio, como si éste nunca hubiere existido, sin posibilidad de subsanación.

3. INFORMES SECTORIALES EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA DE CASTILLA-LA MANCHA.

Volvemos aquí hacia el concepto de concertación interadministrativa enunciada en el Capítulo I del Título II de TRLOTAU. Así en su art. 9.1 se cita que “las Administraciones Públicas con competencias en materia de ordenación territorial y urbanística o sectoriales con relevancia territorial o que impliquen ocupación o utilización del suelo deberán concertar sus actuaciones y, en especial, la aprobación de los instrumentos en que éstas se formalicen para su eficacia y, en su caso, la legitimación de su ejecución”. En su punto segundo sigue:

El legítimo ejercicio de las competencias de elaboración, tramitación y aprobación de cualquiera de los instrumentos a los que se refiere el número anterior requerirá:

a) la debida, suficiente y oportuna información sobre su contenido a todas las Administraciones Públicas cuyas competencias propias puedan verse afectadas.

b) la armonización de las diversas competencias de la Administración actuante entre sí y con las competencias de ordenación urbanística o con relevancia territorial de las restantes Administraciones, de suerte que no resulte lesionado el contenido esencial, ni impedido o desproporcionadamente agravado el cumplimiento de los fines legales de cualquiera de las competencias implicadas.

El TRLOTAU expone en su art. 10.1 que quedan sujetos a concertación interadministrativa, los instrumentos de planeamiento para la ordenación territorial y urbanística previstos en la Ley, así como su revisión y su modificación cuando ésta afecte a la ordenación estructural, así como a cualesquiera otros instrumentos de ordenación que afecten al uso del suelo contemplados por Leyes especiales.

Para efectuar la concertación interadministrativa se realiza el trámite de consulta a las Administraciones Públicas territoriales afectadas, en todos los procedimientos administrativos que tengan por objeto la aprobación, modificación o revisión de alguno de los instrumentos de planeamiento para la ordenación territorial y urbanística, además de los citados en el art 10.1. Dicho trámite de consulta debe realizarse en el estado de su instrucción más temprano posible, sin que pueda prolongarse más allá del de información pública.

Se fija un plazo máximo de veinte días para el trámite de consulta según el art. 10.5 de TRLOTAU. Cuando sea preceptiva la consulta prevista por la legislación ambiental, dicho plazo coincidirá con “el mayor plazo de los previstos en las legislaciones sectoriales para la emisión de sus respectivos informes, sin que pueda ser inferior al de información pública fijado por la legislación ambiental”. En la legislación ambiental aplicable se establece un plazo mínimo de cuarenta y cinco días para la consulta a las administraciones públicas afectadas y al público interesado según se establece por el art. 30.1 de la Ley 4/2007, de 08-03-2007, de Evaluación Ambiental en Castilla-La Mancha, en consonancia con lo establecido en el art. 10.1 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, de carácter estatal. Por otro lado, se establece también en el art. 10.5 TRLOTAU que “no obstante, si el trámite de consulta coincide con el de información pública se coordinará y simultaneará con la intervención o emisión de informe de las administraciones territoriales”, lo que hace que Vaquer Caballería¹⁰ afirme que la duración habitual del trámite de consulta es la mínima de un mes¹¹, la misma exigida para la información pública, salvo el caso citado en referencia a la legislación ambiental.

Con el fin de agilizar el trámite de consulta durante la tramitación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, se crean las Comisiones de Concertación Interadministrativa mediante Decreto 83/2009, de 23/06/2009, por el que se establecían medidas de agilización y de apoyo a los municipios en la concertación interadministrativa de Instrumentos de Ordenación Territorial y Urbanística, hoy sustituido

por el Decreto 235/2010, de 30/11/2010, de regulación de competencias y de fomento de la transparencia en la actividad urbanística de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que en su artículo 5 establece la creación de las Comisiones de Concertación Interadministrativa:

Las Comisiones de Concertación Interadministrativa de Albacete, Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara y Toledo se configuran como órganos colegiados de deliberación, consulta y decisión en el ámbito de cada provincia, cuya finalidad es facilitar la concertación interadministrativa de los planes e instrumentos de ordenación territorial y urbanística en municipios de menos de 10.000 habitantes de derecho, en los términos de los artículos 9 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

En su art. 11.1 el Decreto 235/2010, establece sus atribuciones:

Corresponde a las Comisiones de Concertación Interadministrativa la deliberación y emisión, una vez llevado a cabo el trámite de consulta a las Administraciones públicas territoriales afectadas, del informe único de concertación interadministrativa, previsto en el número 6 del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

El art. 10.7 de TRLOTAU establece que “si alguna de las Administraciones afectadas no hiciera uso de la concertación interadministrativa se presumirá su conformidad con el instrumento o proyecto formulado” y que “en todo caso, dicho instrumento o proyecto sólo podrá contener previsiones que comprometan la realización efectiva de acciones por parte de otras administraciones, si éstas han presentado expresamente su conformidad”.

Dichas Comisiones de Concertación Interadministrativa se reunirán con carácter general con periodicidad mensual, salvo circunstancias excepcionales justificadas. Se componen de los siguientes miembros según especifica el art. 14.1 del Decreto 235/2010, de 30/11/2010:

A) Presidencia: La persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en ordenación del territorio y urbanismo, o persona en quien delegue.

B) Vocales:

a) Un representante de cada una de las Delegaciones Provinciales competentes para la emisión de informes sectoriales, designado por la

persona titular de la Delegación Provincial de entre las personas que ejerzan las Jefaturas de Servicio, con responsabilidad en la materia sectorial objeto del informe.

b) Dos representantes de la Administración General del Estado, designados por la persona titular de la Subdelegación del Gobierno en la provincia, representando uno de ellos a la Confederación Hidrográfica correspondiente.

c) Un representante de la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha.

C) Actuará como Ponente de la Comisión, con voz pero sin voto, la persona designada por la Presidencia de entre las que ejerzan las Jefaturas de Servicio en materia de ordenación territorial y urbanística de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística.

D) Ejercerá la Secretaría de la Comisión, con voz pero sin voto, un/a funcionario/a cualificado/a de la Delegación Provincial competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo, designado/a por la Presidencia de la Comisión.

E) Asistirán también a las reuniones, con voz pero sin voto, las personas que ejerzan las Jefaturas de Servicio en materia de ordenación territorial y urbanística de la Delegación Provincial correspondiente de la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística.

El citado art. 135 del RPLOTAU establece que una vez concluida la redacción técnica del Plan¹² correspondiente, la Administración promotora del mismo lo someterá simultáneamente a:

a) Información pública (...)

b) Informes de los distintos departamentos y órganos competentes de las Administraciones exigidos por la legislación reguladora de sus respectivas competencias, salvo que, previamente, se hubieran alcanzado acuerdos interadministrativos.

En particular deberá figurar el informe de la Consejería competente en materia de obras públicas según lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Ley 12/2002, de 27 de junio, Reguladora del ciclo Integral del Agua.

A efectos del cumplimiento de la normativa de accesibilidad deberá recabarse informe de la Consejería de Bienestar Social así como de, al menos, una entidad competente en la materia.

Asimismo, con objeto de confirmar el cumplimiento de las disposiciones legalmente establecidas, deberá recabarse el informe de la consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística.

c) Dictamen de los municipios colindantes (...)

Siguiendo con el art. 135 de RPLOTAU, se hace hincapié en que en los requerimientos de los informes y de los dictámenes debe indicarse expresamente que implican la apertura del trámite de consulta previsto en el artículo 10 de la Ley, para la concertación interadministrativa de las soluciones de ordenación durante todo el plazo previsto para la emisión de dichos informes y dictámenes.

4. INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO SUJETOS A INFORME SOBRE ACCESIBILIDAD Y CONSECUENCIAS DE SU OMISIÓN

Como manifiesta Asís Roig¹³ la LOTAU adopta desde su aparición en 1998 “un conjunto de instrumentos técnicos propios dirigidos a facilitar la inserción de las actividades de carácter territorial y urbanístico en el uso racional y armónico del territorio como recurso y para su implantación efectiva”. En Castilla-La Mancha se unificarían los subsistemas de ordenación territorial y urbanística, mediante la formalización de instrumentos que facilitan la coordinación y la coherencia de la actuación territorial. Esta unificación de los distintos instrumentos de ordenación facilitarían una diversificación funcional de éstos, configurando y separando de forma autónoma los instrumentos a los que se les atribuye un carácter puramente normativo de los de carácter planificador, con la justificación de “incrementar la seguridad jurídica preservando a los aspectos puramente normativos de la contingencia propia de la idea del Plan”.

El art. 14 de TRLOTAU describe los siguientes instrumentos de la ordenación territorial y urbanística: Las Normas y las Instrucciones Técnicas del Planeamiento; las Ordenanzas Municipales de la Edifica-

ción y la Urbanización; los Planes e instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

Dentro del ámbito de la planificación, el TRLOTAU consagra dos niveles diferenciados con funciones específicas. Por un lado, el nivel Supramunicipal, constituido por los Planes de Ordenación del Territorio, de carácter integral o sectorial, que establecen directrices de coordinación territorial para la formulación de los diferentes instrumentos de ámbito espacial menor; los Planes de Singular Interés, que tienen por objeto la ordenación y transformación del suelo en actuaciones de iniciativa pública de relevante interés social o económico en el ámbito regional; los Proyectos de Singular Interés, que tienen por objeto la implantación de infraestructuras, construcciones o instalaciones de relevante interés social o económico en el ámbito regional. Por otro lado, el nivel Municipal, con los Planes de Ordenación Municipal, que definen la estrategia de utilización del territorio y su ordenación urbanística estructural, así como la ordenación detallada del suelo urbano, y en su caso del urbanizable de ejecución prioritaria y la ordenación del suelo rústico, en los municipios que deban contar con este tipo de planes; los Planes de Delimitación de Suelo Urbano, que, excepcionalmente, suplen la función propia de los Planes de Ordenación Municipal en municipios exentos del deber de formularlos; los planes de desarrollo.

“El principal instrumento de concertación interadministrativa de planes y proyectos territoriales que recoge el TRLOTAU es, sin duda alguna, el trámite de consulta establecido por el artículo 10¹⁴”, que en su punto primero relaciona los instrumentos territoriales sujetos a concertación interadministrativa:

a) Los instrumentos de planeamiento para la ordenación territorial y urbanística previstos en esta Ley, su revisión y su modificación cuando ésta afecte a su ordenación estructural, así como cualesquiera otros instrumentos de ordenación que afecten al uso del suelo contemplados por Leyes especiales.

b) La consulta previa de viabilidad de actuaciones urbanizadoras en el suelo rústico de reserva regulada en el número 7 del artículo 64.

c) Cualesquiera proyectos de obras o servicios públicos de las Administraciones de la Junta de Comunidades, las Diputaciones y los Municipios que afecten, por razón de la localización o uso territoriales, a la instalación, funcionalidad o funcionamiento de obras o servicios de cualquiera de dichas Administraciones Públicas.

d) Los proyectos de construcción, edificación o uso del suelo para obras o servicios públicos de la Administración de la Junta de Comunidades o las Diputaciones que afecten al territorio de uno o varios Municipios.

El apartado 2 del art. 10 dispone que:

En todos los procedimientos administrativos que tengan por objeto la aprobación, modificación o revisión de alguno de los instrumentos o proyectos a que se refiere el número anterior deberá cumplirse, en el estado de su instrucción más temprano posible, el trámite de consulta a las Administraciones Públicas territoriales afectadas, sin que pueda prolongarse más allá del de información pública.

Los planes e instrumentos de Ordenación Territorial y Urbanística, vienen regulados en el art. 17 de TRLOTAU y son los siguientes:

- Entre los planes supramunicipales, los Planes de Ordenación del Territorio (POT) y los Planes de Singular Interés (PSI).
- Entre los planes de ámbito municipal con carácter general, los Planes de Ordenación Municipal (POM) y los Planes de Delimitación de suelo Urbano (PDSI).
- Entre los planes de ámbito municipal con carácter de planes de desarrollo, los Planes Parciales (PP) y los Planes Especiales de Reforma Interior (PERI).
- Entre los planes de ámbito municipal de tipo especial, Planes Especiales (PE).
- Entre los instrumentos territoriales o urbanísticos de tipo supramunicipal, los Proyectos de Singular Interés.
- Entre los instrumentos territoriales o urbanísticos de tipo municipal, los Catálogos de Bienes, Espacios Protegidos y los Catálogos de Suelos Residenciales Públicos, los Estudios de Detalle (ED) y los Proyectos de Urbanización (PU).

Se establecen mecanismos para asegurar que se va a dictar una resolución del procedimiento en un determinado plazo, como manifestación del principio de seguridad jurídica manifestado en el art. 9 de la Constitución Española (CE). Incluso se suele fijar el momento en que deben solicitarse, las consecuencias o los efectos jurídicos del silencio

administrativo, que generalmente no paraliza el procedimiento, salvo determinados supuestos, como los ambientales.

En los artículos 36 y 37 de TRLOTAU se detalla cómo se inserta la emisión de informes dentro del procedimiento de aprobación de los planes y los plazos establecidos para resolver sobre su aprobación inicial y definitiva.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de septiembre de 2009 de la sala de lo Contencioso-administrativo, dictada en el recurso 2886/2005¹⁵, señala que no puede entenderse aprobado por silencio administrativo positivo un instrumento de planeamiento si en su tramitación se ha omitido la solicitud de informes preceptivos. En la tramitación de un Plan Parcial, el Ayuntamiento solicitó los informes preceptivos y no vinculantes del Cabildo Insular y de la Comisión de ordenación del territorio de Canarias. Sin embargo, estos organismos devolvieron el expediente al Ayuntamiento sin emitir informe, entendiendo por parte del Ayuntamiento, aprobado dicho Plan Parcial por silencio administrativo positivo, sin volver a solicitar la emisión de los referidos informes. Además, el Ayuntamiento no solicitó la emisión del informe preceptivo y vinculante que debía emitir la Administración General del Estado, competente en materia de costas.

En otra Sentencia, de 30 de septiembre de 2009, dictada en el recurso 2978/2005¹⁶, el Tribunal Supremo admite la aprobación de un instrumento de planeamiento, que vulnera una disposición superior, por silencio administrativo positivo, sin perjuicio de su posterior impugnación o revisión, salvo que exista una norma de rango legal aplicable al caso que impida el efecto del silencio positivo en la aprobación del instrumento de planeamiento.

En este sentido, en Castilla-La Mancha el artículo 37.3 de TRLOTAU establece que “en ningún caso podrán aprobarse definitivamente los Planes¹⁷ que incurran en infracción de una disposición legal general o autonómica”.

5. CONTENIDO Y SENTIDO DEL INFORME SECTORIAL DE ACCESIBILIDAD.

El informe sectorial de cumplimiento de la normativa sobre accesibilidad se sitúa, como hemos visto, dentro de lo que el TRLOTAU

establece como concertación interadministrativa de los instrumentos territoriales.

Como manifiesta Vaquer Caballería¹⁸ el Trámite de Consulta en la concertación interadministrativa se establece en el Capítulo I del Título II de TRLOTAU, en sólo dos artículos, aunque dicha brevedad no desmerece su importancia. En el primero de dichos artículos adapta el deber constitucional general de colaboración a la materia de que se trate, mientras que el segundo desdobra ya el deber general de concertación en dos dimensiones fundamentales: la formal y la procedimental, donde se traduce en un deber de informar, y la material o sustantiva, donde equivale a un deber de armonizar.

Si bien en sus inicios la LOTAU¹⁹ opta por una instrumentación funcional y no orgánica de la concertación interadministrativa, con la aparición del Decreto 83/2009, de 23 de junio, por el que se establecían medidas de agilización y de apoyo a los Municipios en la concertación interadministrativa de Instrumentos de Ordenación Territorial y Urbanística, se crean las Comisiones de Concertación Interadministrativa para las cinco provincias de la Comunidad Autónoma, lo que supone un cambio de criterio al respecto, optando por una instrumentación más de tipo orgánico.

Las Comisiones de Concertación Interadministrativa se configuran como órganos colegiados de deliberación, consulta y decisión en el ámbito de cada provincia, cuya finalidad es facilitar la concertación interadministrativa de los planes e instrumentos de ordenación territorial y urbanística en municipios de menos de 10.000 habitantes de derecho.

Los Ayuntamientos de municipios de menos de 10.000 habitantes de derecho que tramitan un instrumento de planeamiento para la ordenación territorial y urbanística, su revisión o modificación, que haya exigido su sometimiento al trámite de concertación interadministrativa, remitirán copia del documento a la Comisión de Concertación Interadministrativa, junto a los informes sectoriales emitidos por las Administraciones y organismos públicos afectados, para la emisión de un informe único de concertación.

Como ya se ha dicho, en el caso del informe sobre cumplimiento de la normativa sobre accesibilidad establecido por el art. 135.2.b de RPLLOTAU el organismo público competente es la Consejería de Bienestar Social, actualmente Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales. El informe sobre cumplimiento de la normativa sobre accesibilidad estaría entre los informes sectoriales exigidos por el art. 36.2.B del mismo

TRLOTAU, a los distintos Departamentos y órganos competentes de las Administraciones exigidos por la legislación reguladora de sus respectivas competencias, salvo que previamente, se hubieran alcanzado acuerdos interadministrativos.

Entrando ya en el contenido del informe sectorial sobre cumplimiento de la normativa sobre accesibilidad, se establece a continuación cuál es la normativa de referencia para dar por satisfecha su cumplimiento.

En primer lugar, debe citarse el artículo 148.1.3ª y 20ª de la Constitución (CE) donde se establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en relación con la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda así como con la asistencia social y los servicios sociales. Este título competencial introduce en materia de accesibilidad una prioridad de competencias a favor de las Comunidades Autónomas por lo que estos entes territoriales han hecho uso de este título competencial para legislar en materia de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, llegando incluso a dictar normas técnicas de obligado cumplimiento.

Así por ejemplo, la Ley 1/1994, de 24 de Mayo, de Accesibilidad de Castilla-La Mancha y las disposiciones que la desarrollan, están dictadas en virtud del artículo 31 del Estatuto de Autonomía que contempla como competencia exclusiva de la Junta de Comunidades de CLM la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, así como la asistencia social y servicios sociales y la promoción y ayuda a determinados colectivos, entre ellos las personas con discapacidad²⁰.

La existencia de diferentes leyes y reglamentos de ámbito autonómico sin un referente unificador, se tradujo en una multitud de diferentes criterios que pusieron en cuestión la igualdad y la no discriminación entre las personas con discapacidad de diferentes Comunidades Autónomas.

Si bien la competencia en materia de accesibilidad viene siendo asumida de manera exclusiva por las Comunidades Autónomas, debe señalarse que el Estado ostenta también una competencia de armonización o establecimiento de normativa básica, justificada por la necesidad de exigir una sustancial uniformidad en las condiciones de vida del colectivo de personas discapacitadas con fundamento en el art.149.1.1ª CE, o bien amparada en otros títulos competenciales que inciden de manera indirecta en cuestiones relativas a la accesibilidad. En aplicación de estos títulos competenciales y con el fin de lograr un marco unificador,

el Estado ha dictado diversa normativa que de una u otra forma incide de manera decisiva en la mejora de la accesibilidad y en la supresión de las barreras arquitectónicas que afecta a las personas con discapacidad.

Destaca la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU)²¹ que establecía en su artículo 10 y en su disposición final novena, que el Gobierno regulará, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad dando una serie de plazos para regular las mismas en los distintos sectores.

Así, en virtud de lo anterior, se aprobó el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, que incorpora un mandato para la incorporación y desarrollo en el Código Técnico de la Edificación (CTE), aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, de las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y la utilización de los edificios.

En desarrollo de ese mandato, el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación (CTE), incorpora, con carácter de normativa básica estatal, al Código Técnico de la Edificación las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y la utilización de los edificios, regulando los requisitos e incorporando la accesibilidad a la condición de “seguridad de utilización (SU)” ya presente en el CTE, pasando a denominarse el documento “DB-SUA Seguridad de Utilización y Accesibilidad”.

Por otra parte, en relación con los espacios públicos urbanizados, el Real Decreto 505/2007, es desarrollado mediante la Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados.

Toda esta normativa estatal dictada tiene el carácter de básica²² por lo que resulta plenamente aplicable para las Comunidades Autónomas.

En definitiva, los parámetros comprendidos tanto en la Ley 1/1994, de 24 de Mayo, de Accesibilidad y Eliminación de Barreras de Castilla-La Mancha, y las diversas disposiciones que la desarrollan, así como el DB-SUA del CTE y la Orden VIV/561/2010, son plenamente exigibles, debiendo cumplirse los parámetros más restrictivos de cada una de ellas.

6. INFORMES EMITIDOS DESDE SU APARICIÓN.

La entrada en vigor del Reglamento de Planeamiento de la LO-TAU sucede el 18 de octubre de 2004, que es el hito a partir del cual se establece, por primera vez, la obligatoriedad de realizar el Informe Sectorial sobre cumplimiento de la accesibilidad del planeamiento territorial y urbanístico.

Paulatinamente los Ayuntamientos comienzan durante el año 2005 a solicitar la emisión de dicho informe sectorial en el trámite de aprobación de sus respectivos planes urbanísticos, hasta situarse casi en los novecientos²³ expedientes distintos durante el período 2005-2009 tramitados por la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales con una media anual de unos ciento ochenta²⁴ planes por año, llegando a un máximo de expedientes iniciados en el año 2007 con doscientos sesenta y cuatro²⁵. A partir de 2010 se refleja una inflexión a la baja de informes solicitados por parte de sus respectivos Ayuntamientos, quedando una media anual en el período comprendido entre 2010 y 2014 de setenta²⁶ planes al año.

El total de planes de los que se ha solicitado el correspondiente informe sectorial de cumplimiento de la normativa de accesibilidad se sitúa a fecha de diciembre de 2014 en mil doscientos treinta y tres²⁷.

El porcentaje²⁸ de Planes de los que se ha solicitado el informe por provincia es de un 49,31% para la provincia de Toledo, un 18,25% para Guadalajara, un 14,19% para Cuenca, un 12,33% para Ciudad Real y un 5,92% para Albacete. La aparente distorsión de los datos se puede explicar por el número de municipios de cada provincia y su peso poblacional. En efecto, el número de municipios por provincia²⁹ es el siguiente: Guadalajara (288), Cuenca (238), Toledo (204), Ciudad Real (102) y Albacete (87), que como podemos ver sigue el mismo orden de las provincias por número de solicitudes de planes a informar, salvo

Toledo. Al estudiar el número de municipios por provincia según rango de población vemos que, el porcentaje de municipios con menos de 1.000 habitantes, se sitúa por encima del 80%³⁰ para las provincias de Cuenca (84,54%) y Guadalajara (88,54%), mientras que las provincias de Albacete, Ciudad Real y Toledo no llegan en ningún caso al 50% (Albacete: 47,13%; Ciudad Real: 39,22%; Toledo: 42,16%). El número de habitantes por provincia³¹ también es significativo ya que Toledo llegaría a 711.228 habitantes de derecho, mientras Ciudad Real tiene 530.250 habs, Albacete 402.837 habs, Guadalajara 259.537 habs y Cuenca 218.036 habs. Otro factor que pudiera ser relevante en el número de solicitudes de informe sería la mayor cercanía a Madrid de las provincias de Toledo y Guadalajara, sobre todo en referencia al número de PAU³² tramitados en estos últimos años, por la mayor dinámica de crecimiento poblacional.

Por tipologías de planes de ordenación territorial y urbanística, el número de expedientes iniciados³³ suponen respecto del total, un 44,54% de POM y PDSU, un 1,02% correspondiente a Planes de Ordenación Territorial y un 54,45% corresponden a PAU y planes de desarrollo.

Los datos anteriores no recogen la totalidad de Informes emitidos, ya que sólo se refieren al número de planes de los que se ha solicitado informe. En algunos casos se emitieron varios informes sobre el mismo documento de planeamiento, dado que el equipo redactor y el Ayuntamiento presentaron una segunda o tercera propuesta de Plan para su sometimiento a Informe.

7. INCIDENCIAS EN LA EMISIÓN DEL INFORME SECTORIAL DE ACCESIBILIDAD DURANTE LA ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE LOS PLANES URBANÍSTICOS

7.1. Tipos de planes objeto del Informe Sectorial sobre cumplimiento de la accesibilidad

Como vimos anteriormente el art. 14 del TRLOTAU describe los siguientes instrumentos de la ordenación territorial y urbanística: las

Normas y las Instrucciones Técnicas del Planeamiento; las Ordenanzas Municipales de la Edificación y la Urbanización; los Planes e instrumentos de ordenación territorial y urbanística. Recordamos también que con motivo de incrementar la seguridad jurídica se preservaban los aspectos puramente normativos de la contingencia propia de la idea del Plan. Esto supone que la aplicación estricta del art. 135.2.b de RPLOTAU en relación con el art. 36.2.b de TRLOTAU, hace que el informe sectorial sobre cumplimiento de la normativa de accesibilidad se aplique sobre Planes y no sobre los instrumentos de carácter puramente normativo. Además en la legislación, el Informe sectorial sobre cumplimiento de la normativa sobre accesibilidad viene referido, en un principio, sólo a los Planes de tipo municipal y general, esto es, a los Planes de Ordenación Municipal y a los Planes de Delimitación de Suelo Urbano.

Dentro de los propios instrumentos de planeamiento se distingue el plano de la ordenación estructural respecto de la ordenación detallada. De acuerdo con la propia Exposición de Motivos de la LOTAU se persigue con ello, reformular el contenido del plan, identificando las determinaciones integrantes de la estructura fundamental, con vocación de continuidad, frente a las de ámbito más concreto, sujetas a la dinámica evolutiva de la ciudad.

Entre los planes de desarrollo del planeamiento municipal, se deben citar los Planes Parciales y los Planes Especiales, con su especialidad de los Planes Especiales de Reforma Interior. Ha sido una regla tradicional en el urbanismo español, que se mantiene en el art. 39.1 de TRLOTAU, que cualquier innovación en las determinaciones de un Plan debe ser establecida por la misma clase de Plan y por el mismo procedimiento para aprobarlos, con la salvedad de que Planes Parciales y Planes Especiales no podían modificar un plan municipal general. Sin embargo, en el art. 39.7 del mismo TRLOTAU se establece que tanto la ordenación detallada de un Plan de Ordenación Municipal, como su ordenación estructural, puede ser modificada por un Plan Parcial o un Plan Especial de Reforma Interior, excepto en los supuestos en los que proceda la revisión del Plan de Ordenación Municipal.

Consecuencia de lo anterior sería que los Planes Parciales y los Planes Especiales de Reforma Interior modificatorios de los Planes de Ordenación Municipal, estarían sujetos también del informe sectorial objeto del presente artículo.

Se plantea en este punto, la cuestión de si otros instrumentos de planeamiento, o incluso los Proyectos de Urbanización, debieran ser

también objeto de informes sectoriales. Como manifiesta Cano Murcia³⁴ los Proyectos de Urbanización son:

Proyectos de obras redactados y aprobados con la finalidad de llevar a la práctica el planeamiento «preciso» previamente aprobado. Por tanto es claro que no pueden contener determinaciones sobre ordenación ni régimen del suelo y de la edificación, ni modificar las previsiones de planeamiento que ejecutan, sin perjuicio de realizar las adaptaciones de detalle que sean precisas como consecuencia de trabajar ya a escala «real».

Sigue Cano Murcia³⁵ respecto a los Proyectos de Urbanización, “si con la tramitación del instrumento de planeamiento ha quedado por parte del organismo de cuenca suficientemente informado sobre la cuestión, no será necesario nuevo informe ni autorización, si este requisito no se ha llevado a cabo será necesario para la aprobación del Proyecto de Urbanización, pues en tanto no se conozca el contenido del informe o autorización podrá el mismo estar abierto a modificaciones”.

En el mismo sentido se manifiesta Vaquer Caballería³⁶ respecto al trámite de consulta recogido en la LOTAU, “La consulta es preceptiva, incluso en situación de urgencia, excepto cuando el instrumento o proyecto desarrolle o ejecute sin innovaciones relevantes a otros previos cuyo procedimiento de aprobación fue sometido al mismo trámite”. El art. 10 de TRLOTAU así lo establece:

El trámite de consulta será de cumplimiento preceptivo incluso en situación de urgencia. Se exceptúan de la regla anterior los procedimientos que tengan por objeto instrumentos o proyectos que constituyan desarrollo o ejecución de las determinaciones de otros previos en cuyo procedimiento de aprobación se hubiera cumplido dicho trámite, siempre que no impliquen afectaciones relevantes adicionales a las resultantes del instrumento o proyecto desarrollado o ejecutado. En esta excepción se entienden incluidos los Planes Parciales, Planes Especiales de Reforma Interior y Planes Especiales, que afecten a la ordenación detallada, y estudios de Detalle a los que se refiere el artículo 38.

Como los informes sectoriales se enmarcan en el seno del deber de concertación interadministrativa del art. 10 de TRLOTAU, ésta debe garantizarse en cualquier caso, aunque existen varios mecanismos previstos en la legislación, uno de ellos mediante los informes sectoriales. Al respecto se suele citar el art. 9.2.b) de TRLOTAU:

El legítimo ejercicio de las competencias de elaboración, tramitación y aprobación de cualquiera de los instrumentos a que se refiere el número anterior requerirá:

...

b) La armonización de las diversas competencias de la Administración actuante entre sí y con las competencias de ordenación urbanística o con relevancia territorial de las restantes Administraciones, de suerte que no resulte lesionado el contenido esencial, ni impedido o desproporcionadamente agravado el cumplimiento de los fines legales de cualquiera de las competencias implicadas.

La necesidad de obtener los Informes sectoriales correspondientes como parte del trámite de Consulta recogido en el TRLOTAU, parece que podría hacerse extensiva a otros Planes que, siendo planes de desarrollo sin contenido modificadorio de los Planes de Ordenación Municipal, los complementan, modifican o simplemente regulan la ordenación detallada de ámbitos no regulados por el POM, o incluso a Proyectos de Urbanización, en su caso.

Por otro lado, se debe citar el art. 32 de la Ley 1/1994, de 24 de mayo, de Accesibilidad y Eliminación de Barreras de Castilla-La Mancha, que versa sobre el “cumplimiento y control de las condiciones de accesibilidad”, en cuanto a que “corresponde a los Ayuntamientos exigir el cumplimiento y control de las medidas adoptadas en esta Ley cuando ejecute o mande ejecutar obras de urbanización”, y que “la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, a través de los organismos competentes, velará por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley en la aprobación de los Planes de Ordenación Urbana, Normas complementarias y subsidiarias, y demás instrumentos de planeamiento”.

Fruto de ello es la realidad acontecida en estos años desde su aparición en 2004, de forma que muchos Ayuntamientos han solicitado el informe sectorial sobre cumplimiento de la normativa de accesibilidad, invocando el art. 135.2.b de RPLOTAU, prioritariamente de Planes de Ordenación Municipal y de Planes de Delimitación de Suelo Urbano. Pero también se han solicitado y realizado Informes de otros instrumentos de planeamiento como Planes Parciales, Planes Especiales de Reforma Interior y Proyectos o Anteproyectos de Urbanización, muchas veces integrantes de la Alternativa Técnica para la tramitación de Programas de Actuación Urbanizadora (PAU), tanto de gestión directa como indirecta.

7.2. Entidad que debe emitir el Informe sectorial

La redacción literal del art. 135.2.b de RPLOTAU establece que “a efectos del cumplimiento de la normativa de accesibilidad deberá recabarse informe de la Consejería de Bienestar Social así como de, al menos, una entidad competente en la materia”. Como hemos visto hasta aquí, el primero de los informes que se establecen en el citado artículo es el que hemos venido llamando Informe Sectorial de cumplimiento de la normativa sobre accesibilidad. El segundo supuesto, no tiene desarrollo preciso por lo que se ha venido interpretando por la Consejería competente en ordenación del territorio como un informe a realizar por entidades públicas con relevancia en el ámbito de la discapacidad, como la Organización de Ciegos Españoles (ONCE), la Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (COCEMFE) o similares. Este último informe no es objeto del presente trabajo.

7.3. Momento de la emisión del Informe sectorial

El momento que señala la legislación para que se recabe el oportuno informe sectorial de cumplimiento de la normativa de accesibilidad es una vez concluida la redacción técnica del Plan correspondiente (art. 135.1 RPLOTAU) y previo a su aprobación inicial (art. 135.3 RPLOTAU). El momento concreto, como hemos visto, para su sustanciación es “en el momento de su instrucción más temprano posible”, que puede coincidir con la apertura del período de Información Pública. Cuando la legislación sectorial aplicable exija otro trámite interadministrativo de intervención o informe, debe simultanearse y coordinarse también con él si es posible, por economía procesal. Por otra parte, la repetición de la consulta respecto del texto sustancialmente modificado, hace obligatoria la emisión de nuevo Informe sectorial salvo casos de planes de carácter supramunicipal y demás instrumentos sometidos al procedimiento bifásico de aprobación, ya que en la fase autonómica de dicho procedimiento se abrirá un nuevo período de consultas interadministrativas donde podrá procederse a la concertación de dichas modificaciones (art. 37.1 TRLOTAU).

En cualquier caso deberá emitirse el informe sectorial de cumplimiento de la normativa de accesibilidad antes de su aprobación definitiva.

7.4. Incorporación de un Programa Específico de actuación para adaptar las vías públicas, parques y demás espacios de uso público a las normas sobre accesibilidad entre las determinaciones de un POM

La exigencia de la elaboración del Programa Específico de actuación, citado por el art. 25 de la Ley 1/1994, de 24 de mayo, de Accesibilidad y Eliminación de Barreras en Castilla-la Mancha, y en el art. 12 del Código de Accesibilidad que la desarrolla, debe entenderse integrado dentro del propio Plan de Ordenación Municipal en el momento de su nueva redacción o cuando proceda una Revisión del mismo.

El art. 24 del TRLOTAU establece las determinaciones que se exigen a un Plan de Ordenación Municipal. En el art. 24.1.a) y c) se establecen como determinaciones de un POM respecto a su ordenación estructural:

a) Establecimiento de las directrices que resulten del modelo de evolución urbana y de ocupación del territorio asumido, previendo la expansión urbana para los doce años siguientes...

c) Delimitación preliminar de sectores de planeamiento parcial o de ámbitos de reforma interior, determinando la secuencia lógica de su desarrollo a través de la definición concreta de las condiciones objetivas para posibilitar la incorporación de cada actuación urbanizadora, fijando un orden básico de prioridades y regulando las condiciones que han de satisfacer para que sea posible su programación.

En el art. 24.2.a) y c), se complementa con determinaciones relacionadas con la ordenación detallada:

a) La ordenación urbanística detallada y el trazado pormenorizado de la trama urbana, sus espacios públicos, dotaciones comunitarias y de redes de infraestructuras para el suelo urbano, complementaria y conforme con la ordenación estructural.

c) La ordenación urbanística detallada y el trazado pormenorizado de la trama urbana, sus espacios públicos, dotaciones comunitarias y de redes de infraestructuras, ..., para los sectores de suelo urbanizable precisos para absorber la demanda inmobiliaria a corto y medio plazo, facilitando con dicha ordenación la pronta programación de los terrenos y excusando la ulterior exigencia de planes Parciales.

Para los planes de Delimitación de Suelo Urbano, el art. 25.1 de TRLOTAU, manifiesta en términos semejantes el objeto de los mismos:

a) La clasificación del suelo, en urbano y rústico.

b) La definición de la ordenación estructural necesaria en función de las características del Municipio.

c) La ordenación detallada, incluyendo el trazado pormenorizado de la trama urbana, sus espacios públicos, dotaciones comunitarias y de redes de infraestructuras, así como la determinación de usos pormenorizados y ordenanzas tipológicas mediante definición propia o, en su caso, remisión a las correspondientes Instrucciones Técnicas del planeamiento.

El citado art. 25 de la Ley 1/1994, de 24 de mayo, de Accesibilidad y Eliminación de Barreras de CLM, establece:

Las vías públicas, los demás espacios de uso común existentes, así como las respectivas instalaciones de servicios y mobiliario urbano, serán adaptados gradualmente en el plazo máximo de 10 años a lo previsto en el Capítulo 1 del Título primero de la presente Ley y su desarrollo. Las entidades Locales deberán establecer, en el plazo de 1 año desde la aprobación de esta Ley, Programas Específicos de actuación para adaptar las vías públicas, parques y demás espacios de uso público a las normas sobre accesibilidad. Dichos Programas Específicos deberán contener, como mínimo un inventario de los espacios objeto de adaptación, el orden de prioridades con que se ejecutarán, y los plazos de realización.

No se debe olvidar, en este punto lo que se exige desde la propia legislación autonómica sobre accesibilidad, concretamente en el art. 4 de la Ley 1/1994:

1. En los instrumentos de planeamiento urbanístico, deberá garantizarse el libre acceso y utilización de las vías públicas y demás espacios de uso común a las personas con limitaciones en su movilidad o en su percepción sensorial del entorno urbano.

2. Los criterios básicos que se establecen en la presente Ley se deberán recoger en los Planes Generales de Ordenación Urbana, Normas complementarias y subsidiarias, y en los demás instrumentos de planeamiento y ejecución que los desarrollen, así como en los Proyectos de Urbanización, de dotación de servicios, de obras y de instalaciones, no pudiendo ser aprobados en caso de incumplimiento de aquéllos.

El art.11 del Código de Accesibilidad de CLM establece en el mismo sentido:

1. En los instrumentos de planeamiento urbanístico, deberá garantizarse el libre acceso y utilización de las vías públicas y demás espacios de uso común a las personas con limitaciones en su movilidad o en su percepción sensorial del entorno urbano, según establece el Artículo 4.1 de la Ley 1/1994, de 24 de mayo, de Accesibilidad y Eliminación de Barreras en Castilla-La Mancha.

2. A los efectos del apartado anterior, los Planes Generales de Ordenación Urbana, las normas subsidiarias y otros instrumentos de planeamiento y ejecución que los desarrollan, así como en los proyectos de urbanización, de dotación de servicios, de obras y de instalaciones, deberán garantizar la Accesibilidad y utilización, con carácter general, de los espacios de uso público, y observarán las prescripciones y los criterios básicos establecidos en este Capítulo.

3. Los Ayuntamientos y demás Entidades Públicas que aprueben los instrumentos de planeamiento o ejecución a que se refiere el párrafo anterior y otorguen las licencias o autorizaciones, cuidarán del estricto cumplimiento de las prescripciones de la Ley y de este Decreto, debiendo denegar las que no se ajusten a los mismos.

Parece coherente con la legislación, que en la nueva redacción, o en su revisión, de un Plan de Ordenación Municipal o un Plan de Delimitación de Suelo Urbano, se incorpore este inventario de los espacios objeto de necesidad de adaptación, así como el orden de prioridades y una programación temporal de su ejecución, para la ordenación detallada exigida, esto es, para el suelo urbano consolidado y para aquel suelo urbanizable cuya ordenación detallada se incluye para una pronta urbanización, sin necesidad de establecer de forma diferida, mediante la remisión a un actuación urbanizadora posterior, el cumplimiento de la obligatoriedad de cumplimiento de la normativa sobre accesibilidad y eliminación de barreras.

8. INFLUENCIA EN LOS CONTENIDOS DE LOS PLANES URBANÍSTICOS

8.1. Mejora en los objetivos del POM incorporando la accesibilidad

Dentro de los Objetivos de la Planificación, es decir, los objetivos a cumplir por el Plan, que deben ser explícitos, la Norma Técnica de Planeamiento para Homogeneizar el Contenido de la Documentación de los Planes Municipales, aprobada por Decreto 178/2010, de 01/07/2010, de la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, establece como contenido necesario que “a la vista de los problemas y necesidades detectados en la memoria informativa, se expondrán de manera justificada los objetivos a satisfacer por el plan y las diferentes alternativas planteadas para ello, incluso del propio modelo de evolución urbana”.

Analicemos cada parte de dicho enunciado respecto a la materia que nos ocupa, es decir la accesibilidad y la eliminación de barreras. La primera parte, “a la vista de los problemas y necesidades detectados en la memoria informativa”, indica que debe incluirse en los documentos informativos del plan un análisis sobre las carencias detectadas, por lo que no vale una mera declaración de intenciones. Continúa diciendo que “se expondrán de forma justificada los objetivos a satisfacer por el plan”, de manera que es razonable establecer que también en materia de accesibilidad debe incorporarse esta materia de forma expresa entre los objetivos a satisfacer por el Plan. Por último, “las diferentes alternativas planteadas” se referiría a establecer propuestas para la correspondiente ordenación que se propone. La realización de estas observaciones respecto a la accesibilidad del entorno urbano, para que cualquier persona pueda desarrollar su vida y ejercer sus derechos como ciudadano independientemente de sus limitaciones personales, nos obliga a un análisis sistemático de las carencias existentes en el municipio objeto del Plan de Ordenación Municipal, para seguidamente establecer unos objetivos claros y concretos a obtener por la planificación, y terminar incorporando propuestas y alternativas concretas en los documentos de ordenación del Plan.

En este sentido, se observa que poco a poco se van completando los objetivos establecidos por los planes, incorporando la accesibilidad como una cuestión a resolver más.

8.2. Itinerarios accesibles y alternativas

No es objeto de este artículo definir los requisitos necesarios para que un itinerario se pueda considerar accesible. Sin embargo se hace necesario recordar lo que establece la Orden VIV/561/2010, en su artículo 5.1:

Son itinerarios peatonales accesibles aquellos que garantizan el uso no discriminatorio y la circulación de forma autónoma y continua de todas las personas. Siempre que exista más de un itinerario posible entre dos puntos, y en la eventualidad de que todos no puedan ser accesibles, se habilitarán las medidas necesarias para que el recorrido del itinerario peatonal accesible no resulte en ningún caso discriminatorio, ni por su longitud, ni por transcurrir fuera de las áreas de mayor afluencia de personas.

El diagnóstico primero, de la realidad del municipio cuyo POM esté en trámite de redacción y aprobación, y luego la concreción de itinerarios que permitan un uso no discriminatorio y la circulación de forma autónoma, aunque la realidad topográfica sea adversa, en cuyo caso habrá que echar mano a soluciones alternativas o la incorporación de ayudas técnicas, hace que las herramientas metodológicas en la redacción del citado plan deban revisarse, incorporando nuevas determinaciones en los planos de información y de ordenación, así como en la propia normativa del documento a aprobar.

Es frecuente que debido a la propia topografía del terreno u otras circunstancias, no pueda proponerse que la totalidad de los itinerarios sean accesibles. Una solución que se aconseja en estos casos es la búsqueda de itinerarios alternativos que de forma autónoma y de forma segura, permitan a cualquier persona pueda acceder a los edificios y espacios públicos, independientemente de sus circunstancias y limitaciones temporales o permanentes.

8.3. Análisis de la realidad existente e incorporación de inventario de las vías públicas, parques y demás espacios de uso público

Como se ha visto se hace necesario un análisis cualitativo y cuantitativo de las vías y espacios públicos existentes, estableciendo un diagnóstico mediante la herramienta de comparación entre cada uno de los elementos existentes y las condiciones que éstos deberían cumplir. La

legislación establece unos mínimos que deben ser comprobados. Se establecerá así una clasificación de cumplimientos/incumplimientos que supondrán pistas para establecer unos objetivos a cumplir de forma razonable incorporándolos en la programación del plan.

El análisis de la realidad existente tiene que pasar por el señalamiento de las pendientes longitudinales y transversales de los itinerarios existentes, por la localización de las barreras existentes, por la ubicación correcta o no de pasos de peatones y vados, por un análisis de la señalización y de la iluminación. Se habrá de poner énfasis en los itinerarios que llegan o salen de los equipamientos y dotaciones de uso público, como la iglesia, el ayuntamiento, el mercado, los equipamientos deportivos y zonas verdes, el consultorio médico o el centro educativo. También habrá que señalar las deficiencias de construcción de los vados de vehículos y peatonales, la ubicación del mobiliario urbano o la señalización urbana.

8.4. Itinerarios con plataformas únicas o de uso mixto

Es frecuente en las zonas de casco urbano consolidado que tanto las alineaciones como las rasantes sean irregulares. En esta situación no parece lógico empeñarse en segregar funcionalmente los itinerarios peatonales de los de vehículos a motor, salvo en calles de gran circulación de vehículos que puedan ser peligrosos para los peatones. Las calles de plataforma única o itinerarios mixtos peatón-vehículo pueden ser una solución adecuada. Esta solución, como cualquiera otra propuesta de diseño, no puede por sí sola solucionar el problema de coexistencia, de manera que en cualquier caso se debe diseñar garantizando en lo posible la seguridad de las personas, utilizando los materiales adecuados para el suelo o una correcta iluminación.

8.5. Nuevos diseños en la incorporación del mobiliario urbano y del aparcamiento

Es frecuente que una mala ubicación del mobiliario urbano haga no accesible un itinerario aunque cumpla con una pendiente adecuada y unos anchos suficientes. Se debe tener en cuenta que una incorrecta solución suele convertirse siempre en una barrera, que casi siempre comporta peligrosidades añadidas en la vía pública. Por lo tanto el mobiliario urbano debe colocarse adecuadamente y debe tener un diseño adecuado.

Asimismo es frecuente que las plazas de aparcamiento accesibles se diseñen de forma inadecuada o se coloquen de forma que no se conectan con los itinerarios peatonales accesibles, por lo que un buen Plan será el que soluciona de forma segura su ubicación y permite diversas posibilidades de diseño en la construcción de la urbanización.

9. VALORACIÓN FINAL

El Informe sectorial de cumplimiento de la normativa de accesibilidad es muy joven ya que su obligatoriedad lleva apenas diez años. Sin embargo se ha normalizado su solicitud por parte de los Ayuntamientos y de la administración autonómica competente en materia de ordenación del territorio, de forma que puede contabilizarse un promedio anual de 137 expedientes³⁷, que a su vez supone una media de 11,5 expedientes al mes de los que se han solicitado el oportuno Informe sectorial sobre cumplimiento de la accesibilidad.

Se trata de un Informe Sectorial de tipo preceptivo y no vinculante y se enmarca dentro de la necesaria concertación interadministrativa regulada en el Capítulo I del Título II del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, y dentro de los trámites necesarios para la aprobación de Planes e instrumentos de Ordenación Territorial y Urbanística, recogidos en el art. 17 de TRLOTAU.

El plan debe aprobarse con su correspondiente Informe Sectorial sobre cumplimiento de la accesibilidad para cumplir con lo establecido en los artículos 10.2 y 37 de TRLOTAU. Sin embargo, el plan pudiera ser aprobado sin el correspondiente Informe sectorial salvo los casos en que se infrinja con lo establecido en el citado artículo 37. En los últimos años, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se decanta por la aplicación del art. 62.2 Ley 30/1992, de forma que procedería declarar la nulidad de pleno derecho de cualquier instrumento de planeamiento en el que, durante su tramitación, se hubiera incurrido en un vicio formal, como la no emisión del informe sectorial de cumplimiento de la normativa sobre accesibilidad.

La normativa de referencia cuyo cumplimiento verifica el Informe Sectorial sobre cumplimiento de la accesibilidad, actualmente se

refiere tanto a la legislación básica estatal como a la autonómica, en cumplimiento de sus respectivas competencias.

Se pueden destacar algunas influencias que la emisión del Informe Sectorial de Accesibilidad ha ejercido sobre los contenidos de los planes y que puede influir en un futuro en la propia técnica de redacción de planes de ordenación territorial y urbanística, como son la exigencia de incorporar criterios relacionados con la obtención de una ciudad accesible dentro de los objetivos que se establecen por el Plan, la exigencia de establecer un diagnóstico en las zonas urbanas consolidadas y proceder a una necesaria programación de acciones para superar las deficiencias observadas, estableciendo itinerarios alternativos y otras medidas complementarias, como establecimiento de vías compartidas entre el peatón y el vehículo a motor, la disposición de ayudas técnicas o el diseño de planes de transporte, aparcamientos y señalización adecuados. Medidas todas ellas que mejoran el trazado urbano y los servicios públicos, y en último término van dirigidas a todos los ciudadanos y no solo a personas con discapacidad.

Por último debemos incidir en que el Informe Sectorial de Accesibilidad debe contribuir a una mejora cuantitativa y cualitativa de la vida de los ciudadanos, mejorando los planes e instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico, siempre desde el respeto a la ley, garantizando la seguridad jurídica de su aplicación, y con los fines establecidos en la CE de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de todos los ciudadanos como personas con iguales derechos, independientemente de sus limitaciones físicas o sensoriales.

10. NOTAS

1 Actualmente las competencias de la Consejería de Bienestar Social las tiene la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en aplicación del Decreto 98/2012, de 19/07/2012, de la estructura orgánica y las competencias de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales

2 A los veinte días de su publicación en el DOCM de 28 de septiembre de 2004

3 GARCÍA TREVIJANO, J.A: Tratado de Derecho Administrativo II. Tomada la referencia del documento “*Los informes sectoriales en el procedimiento de aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico en Castilla y León: Especial referencia a los sectoriales y al trámite ambiental*”. Autor: Francisco Sánchez Moretón, Secretario-Interventor del Servicio Jurídico de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Salamanca, 2012.

4 ARRANZ MARINA, TEÓFILO: “Los Informes sectoriales en materia de urbanismo”. *Práctica Urbanística*, ISSN 1579-4911, nº 96, 2010, págs. 70-86.

5 T. ARRANZ, “Los Informes sectoriales”, pág. 71

6 T. ARRANZ, “Los Informes sectoriales”, pág. 73

7 T. ARRANZ, “Los Informes sectoriales”, pág. 75

8 STS 3012/2009 de la Sala de lo Contencioso, Sección 5, Recurso de Casación nº 3013/2006

9 STS 6589/2009 de la Sala de lo Contencioso, Sección 5, Recurso de Casación nº 3793/2005

10 VAQUER CABALLERÍA, MARCOS: “La concertación interadministrativa y social”, en Luciano PAREJO ALONSO (dir.), *Derecho Urbanístico de Castilla-la Mancha*, Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., Barcelona, 1999, pág. 138

11 Art. 36.2.A del TRLOTAU establece que el período mínimo para la Información Pública será de un mes

12 El art. 135 del RPLOTAU se refiere a la tramitación para la aprobación inicial de los Planes de Ordenación Municipal (POM) y de los Planes de Delimitación de Suelo Urbano (PDSU)

13 ASÍS ROIG, AGUSTÍN E.: “Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística. Los planes supramunicipales”, en Luciano PAREJO ALONSO (dir.), *Derecho Urbanístico de Castilla-la Mancha*, editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A., Barcelona, 1999, pág. 162

14 MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO: “La imprescindible y decisiva concertación interadministrativa de instrumentos territoriales, urbanísticos y ambientales”, en Salvador JIMÉNEZ IBÁÑEZ y José

Antonio CARRILLO MORENTE (coordinadores), *Derecho de la Ordenación del Territorio y Urbanístico de Castilla-La Mancha*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2009, págs. 168-173

15 STS 5788/2009 de la Sala de lo Contencioso, Sección 5, Recurso de Casación nº 2886/2005

16 STS 5804/2009 de la Sala de lo Contencioso, Sección 5, Recurso de Casación nº 2978/2005

17 Planes de Ordenación Municipal, Planes de Delimitación de Suelo urbano, determinados Planes Especiales y Catálogos de Bienes y Espacios Protegidos

18 M. VAQUER CABALLERÍA: “La concertación interadministrativa y social”, págs. 132-133; Aunque en el citado texto se refiere a la LOTAU inicial, Ley 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, pueden aplicarse las observaciones allí vertidas a los artículos 9 y 10 del TRLOTAU

19 Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha

20 En aplicación de la Disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia, las referencias en los textos normativos al término “*minusválido*” se deben entender realizadas a “*personas con discapacidad*”

21 Actualmente refundida en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

22 Se dictan al amparo del art. 149.1 de la Constitución Española

23 Fuente: Secretaría General, Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

24 Elaboración propia

25 Ver nota 23

26 Elaboración propia

27 Ver nota 23

28 Los porcentajes que se señalan son de elaboración propia sobre datos recogidos en la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de la Junta de Comunidades

29 Datos obtenidos del Servicio de Estadística de Castilla-La Mancha, Padrón municipal de 2012.

30 Elaboración propia con datos obtenidos del Servicio de Estadística de Castilla-La Mancha, Padrón municipal de 2012

31 Datos obtenidos del Servicio de Estadística de Castilla-La Mancha, Padrón municipal de 2012.

32 Programa de Actuación Urbanizadora, de los que se informa el/los documentos de planeamiento y los proyectos o anteproyectos de urbanización incluidos en su correspondiente Alternativa Técnica. Al respecto ver art. 110 y siguientes del TRLOTAU

33 Ver nota 28

34 CANO MURCIA, ANTONIO: "Proyectos y Obras de Urbanización". *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Editorial La Ley, Madrid, 2006, págs. 103-104

35 A. CANO MURCIA, "Proyectos y Obras de Urbanización", pág.104; se reproduce la contestación a la consulta nº9: No es necesario informe del organismo de cuenca para aprobar un Proyecto de Urbanización si el mismo consta previamente en el instrumento de planeamiento.

36 M. VAQUER CABALLERÍA, "La concertación interadministrativa y social", pág. 138

37 Ver nota 28

Dictámenes

**DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO
CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
SOBRE RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL, TRAMITADA POR EL
AYUNTAMIENTO DE PANTOJA (TOLEDO), A
INSTANCIA DE LA ENTIDAD “K”, POR DAÑOS
DERIVADOS DE LA ANULACIÓN JUDICIAL DEL
PAU DEL SECTOR S-4.**

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Reclamación.- El procedimiento objeto de dictamen tiene su inicio en una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración planteada al Ayuntamiento de Pantoja (Toledo) por los representantes de la entidad “K”, presentada en dependencias municipales el día 29 de junio de 2012, en virtud de la cual instan de dicha entidad local el pago de una indemnización, de 5.883.076,93 euros, compensatoria de los perjuicios sufridos a consecuencia de la anulación en sede judicial del acuerdo plenario municipal de 11 de octubre de 2006 de aprobación del Programa de Actuación Urbanizadora (PAU) correspondiente al Sector S-4 de dicho municipio, declarada primeramente por sentencia de 12 de noviembre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Toledo y confirmada ulteriormente por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en sentencia de 11 de abril de 2011.

Refiere la accionante en sustento de su pretensión que, en su condición de agente urbanizador adjudicatario del mencionado PAU, ha sufrido considerables perjuicios derivados de la declaración de nulidad recaída en sede judicial, que atribuye a una acción administrativa de aprobación definitiva del PAU realizada sin las formalidades administrativas y legales necesarias, considerándola responsable de todos los gastos y actuaciones realizados por dicha mercantil fundados en el Convenio Urbanístico suscrito en ejecución del PAU, que habrían devenido inútiles por razón de la ilegalización sobrevenida.

La entidad reclamante hace un desglose de los conceptos lesivos aducidos e importes diferenciados que vienen a determinar el monto total de la indemnización interesada, aludiendo a: reintegro de las cantidades abonadas al Ayuntamiento en concepto de monetarización del

aprovechamiento lucrativo (1.520.817 euros), ejecución de obras de desbroce, desmonte y movimiento de tierras contempladas en el Proyecto de Urbanización del PAU (778.853,24 euros), honorarios técnicos y de gestión (160.440,66 euros), suplidos, tasas y gastos de notaría (34.267,15 euros), gastos de promoción y gestión y de mantenimiento del aval constituido (34.118,13 euros), gastos de defensa jurídica en los procedimientos judiciales seguidos en relación con el acuerdo aprobatorio del Proyecto de Reparcelación, también declarado nulo por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (3.112,04 euros) y gastos notariales y de registro por una venta de terrenos que fue objeto de resolución (3.046,79 euros). A las cantidades referidas con anterioridad, la parte reclamante agrega los perjuicios experimentados en concepto de lucro cesante, que sitúa en un total de 2.934.900,88 euros.

La mercantil aporta en prueba de sus alegatos abundante documentación orientada, primordialmente, a la demostración de los gastos soportados durante el proceso de tramitación y ejecución del PAU, así como en cumplimiento de las obligaciones plasmadas en el Convenio Urbanístico suscrito con el Ayuntamiento de Pantoja el día 11 de enero de 2007 para formalizar los compromisos derivados de la adjudicación a su favor de dicho PAU.

Segundo. Admisión a trámite de la reclamación.- Mediante Decreto de Alcaldía de 28 de diciembre de 2012 se acordó la admisión a trámite de la referida reclamación e iniciar el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, instando de la Secretaría del Ayuntamiento la emisión del informe previsto en el artículo 10 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Tercero. Informe de la Secretaria-Interventora municipal.- Ulteriormente, con fecha 11 de julio de 2013, fue emitido informe por la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento de Pantoja en relación con el hecho lesivo que motiva la reclamación.

Se recogen en dicho documento, primeramente, como antecedentes de relevancia para el análisis de la cuestión, que la entidad reclamante y el Ayuntamiento mantienen en sede judicial diversos litigios vinculados a la situación generada por el referido PAU, mencionando al efecto:

- Un incidente promovido por el Ayuntamiento sobre ejecución de las Sentencias anulatorias del referido PAU, donde se pretende que estas queden cumplidas mediante el acuerdo adoptado por el Pleno Municipal el día 12 de marzo de 2013 para nueva aprobación del mismo y

conservación de la adjudicación, afianzamiento y convenio ya existentes.

- Otro incidente de ejecución también promovido por el Ayuntamiento respecto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 6 de junio de 2011 por la que se anuló el Proyecto de Reparcelación de dicho PAU, donde aquel propugna el cumplimiento de la misma mediante el acto de nueva aprobación del Proyecto de Reparcelación por Decreto de la Alcaldía de 25 de marzo de 2013.

- Procedimiento Ordinario 392/2012 seguido en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Toledo, a instancia de la mercantil reclamante, respecto a la desestimación (sic) de su petición de declaración de nulidad del Convenio Urbanístico firmado con el Ayuntamiento, cancelación de aval y reintegro o abono de cantidades.

- Procedimiento Ordinario 487/2012 seguido en el mismo Juzgado por razón de la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial que motiva este dictamen.

A continuación, analiza la informante los vicios formales que dieron lugar a la anulación del PAU considerados en los referidos fallos judiciales, cuestionando su efectiva concurrencia y afirmando que eran conocidos por el agente urbanizador, pese a lo cual este no se personó en los procedimientos judiciales donde se dilucidaba su gravedad como agentes potencialmente motivadoras de la nulidad del PAU y sí, por el contrario, en los procedimientos seguidos respecto a la validez del Proyecto de Reparcelación.

Se formulan también diversas consideraciones sobre la falta de claridad o incierta correspondencia de los gastos alegados y facturas aportadas, con las actuaciones efectivamente desempeñadas por la mercantil reclamante en ejercicio de sus funciones y en cumplimiento de sus compromisos convencionales como agente urbanizador del Sector S-4, incidiendo especialmente en la dudosa vinculación de los trabajos extractivos realizados en la zona en el año 2010 con la supuesta ejecución del Proyecto de Urbanización, dado que esta actividad podría haberse verificado con la intención de vender la tierra extraída a la UTE adjudicataria de las cercanas obras de la Autovía de la Sagra, realizando para ello desmontes muy por debajo de las cotas proyectadas.

En otro orden de cosas, se argumenta que la coparticipación del agente urbanizador en el impulso del proceso de aprobación y ejecución del PAU hacen que no pueda hablarse de una exclusiva responsabilidad

municipal, lo que introduciría, en todo caso, criterios de compensación de culpas y atemperamiento de la indemnización, agregando que resulta improcedente hablar de lucro cesante por parte del adjudicatario cuando él no ha cumplido las obligaciones reflejadas en el Convenio Urbanístico y no ha terminado de abonar la totalidad de lo previsto en concepto de monetarización del aprovechamiento lucrativo municipal.

Cuarto. Primera solicitud de dictamen a este Consejo.- En el estado de tramitación descrito fue solicitado el dictamen de este órgano consultivo con fecha 17 de julio de 2013, acordándose por este Consejo, en su reunión de 11 de septiembre posterior, proceder a la devolución del expediente por la advertencia de irregularidades formales y carencias documentales de gran relevancia, consistentes, principalmente, en la omisión del trámite de audiencia a la sociedad reclamante y en la falta de una propuesta de resolución con la que poner fin al procedimiento.

Quinto. Trámite de audiencia.- En cumplimiento de lo acordado por este Consejo, con fecha 27 de septiembre de 2013 se dictó resolución por la que puso de manifiesto el expediente a la parte reclamante en aplicación del artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, concediéndole un plazo de quince días a efectos de consulta y alegaciones.

Sexto. Alegaciones.- En uso del trámite de audiencia conferido, la reclamante ha presentado un escrito de alegaciones en el que hace extensas consideraciones sobre la tramitación dada al procedimiento desarrollado, las medidas desplegadas fraudulentamente por el Ayuntamiento a fin de regularizar la situación urbanística del sector y las argumentaciones vertidas en el informe de la Secretaría del Ayuntamiento en contra de sus pretensiones.

En tal sentido, pone especial énfasis en resaltar la ilegalidad del acuerdo adoptado por el Pleno Municipal con fecha 12 de marzo de 2013, en virtud del cual se procedió a la nueva aprobación del PAU y del Plan Parcial del Sector S-4; particularmente, por la decisión adicional de hacer extensivos sus efectos a los actos de ejecución del PAU ya realizados, incluyendo entre ellos, expresamente, la constitución de aval por el adjudicatario y el Convenio Urbanístico suscrito con este en enero de 2007. Se indica a ese respecto que el citado acuerdo ha sido objeto de recurso de reposición por parte de la entidad reclamante, compareciendo esta, además, en el incidente de ejecución de la Sentencia 91/2007 promovido por el Ayuntamiento de Pantoja ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Toledo, para mostrar su oposición a la

pretensión municipal de que con dicho acuerdo se entienda ejecutada la sentencia recaída e instar la declaración de nulidad del mismo y la resolución del citado Convenio Urbanístico. En sustento de estas alegaciones se argumenta, resumidamente, que el acuerdo municipal combatido constituye una aberración jurídica, que pretende fraudulentamente tratar los efectos *ex tunc* de una declaración de nulidad de pleno derecho declarada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, como si consistiera en un mero vicio formal, susceptible de subsanación y convalidación, con efectos sobre actos posteriores.

Seguidamente, se hace toda una serie de consideraciones en contra del Decreto de Alcaldía de 25 de marzo de 2013, por el que dio nueva aprobación al Proyecto de Reparcelación del PAU, alegando al efecto la comisión de diversas irregularidades formales, el desfase temporal de unas determinaciones económicas que precisarían de revisión y su plena vinculación con el contenido de un Convenio Urbanístico que ha devenido nulo.

Finalmente, tras efectuar otras diversas consideraciones opuestas a lo señalado en su informe por la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento, se hace un reajuste a la baja de la suma reclamada en concepto de indemnización, para someterla a términos de racionalidad, detrayendo de ella, primeramente, el monto de los conceptos ya invocados en el procedimiento ordinario 392/2012 y reduciendo el resto de sumas a un total de 1.377.911,45 euros -según detalla el folio 610 del expediente-.

Séptimo. Informes sobre el alcance de las obras de urbanización del Sector.- En cumplimiento de lo propuesto por este Consejo, con fecha 8 de noviembre de 2013 el agente urbanizador reclamante ha aportado al expediente un informe técnico suscrito por un Ingeniero de Caminos en relación con el estado de ejecución del Proyecto de Urbanización del PAU que motiva la reclamación, donde se describe el calendario de las actuaciones realizadas y los porcentajes de ejecución alcanzados en las partidas de vallado del sector, excavación arqueológica (100 %), retirada de olivos (100 %), desbroces de terreno y arbolado (100 %) y excavación de desmonte y transporte de sobrante (34 %).

Dicho informe ha sido objeto de valoración por el Arquitecto Municipal del Ayuntamiento de Pantoja, que cuestiona su contenido en algunos aspectos; básicamente, por considerar que los movimientos de tierra realizados han tenido un carácter presumiblemente extractivo, dado que no ha habido incrementos de cota en ninguna zona y no ha habido actividad de seguimiento respecto de los materiales que, confor-

me a los condicionantes del informe ambiental de aplicación, debieron ser objeto de control en su traslado a vertedero.

Octavo. Propuesta de resolución.- El expediente concluye con la formulación de una propuesta de resolución, suscrita el día 15 de enero de 2014 por la Alcaldesa de la localidad, que propone la desestimación de la reclamación con base en diferentes argumentos, aludiendo al efecto a la prescripción de la acción emprendida, falta de manifestación cierta de los supuestos daños, en tanto no se resuelvan los incidentes de ejecución de sentencia planteados en relación con el modo de cumplimiento de las cuatro Sentencias aludidas en el antecedente Tercero, y a corresponsabilidad de la mercantil recurrente en la producción de los eventuales daños.

En cuanto a los conceptos lesivos y sumas invocados por la reclamante como elementos conformadores del daño global hipotéticamente indemnizable, se formulan numerosos reparos sobre su realidad, entidad, vinculación con las obligaciones asumidas como agente urbanizador y validez de la documentación aportada para acreditar todos estos extremos.

Noveno. Otra documentación complementaria obrante en el expediente.- El expediente integra muy diversa documentación relacionada con el hecho lesivo objeto de reclamación, entre la que cabe mencionar:

a) Las cuatro Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 y 2 de Toledo y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, previamente mencionadas.

b) Abundante documentación presentada en sede judicial por las partes interesadas -Ayuntamiento de Pantoja y “K”-, en relación con los incidentes de inejecución y ejecución de sentencia sucesivamente promovidos por el Ayuntamiento de Pantoja en relación con los fallos judiciales aludidos en el epígrafe a).

c) Decisiones judiciales adoptadas en relación con las pretensiones formuladas por las partes en orden a lograr la suspensión o acumulación de los cuatro procedimientos en curso, obrando solicitud del Ayuntamiento de Pantoja para acumulación de los procedimientos ordinarios 392/2012 y 487/2012 y suspensión de su tramitación en tanto no se resuelven los incidentes de ejecución planteados en relación con los procedimientos ordinarios 91/2007 y 559/2007 -folios 775, 831 y 840-, así como Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº

1 de Toledo de 29 de octubre de 2013, por el que se estima el recurso interpuesto por “K” y se levanta la suspensión previamente acordada en el procedimiento ordinario 487/2013, hasta que se resuelva sobre la solicitud de acumulación planteada por el Ayuntamiento.

En tal estado de tramitación V. E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 26 de febrero de 2014.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El expediente remitido para dictamen por el Ayuntamiento de Pantoja (Toledo) versa sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración planteada a esa entidad local por la sociedad “K”, por razón de daños derivados de la anulación judicial del Programa de Actuación Urbanizadora del Sector S-4 de las normas de planeamiento de dicho municipio.

El artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sienta las bases del procedimiento de responsabilidad patrimonial a observar por todas las Administraciones Públicas, estableciendo su apartado 3 -versión resultante de la modificación operada por la disposición final cuadragésima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible- que *“para la determinación de la responsabilidad patrimonial se establecerá reglamentariamente un procedimiento general [...] [en el que] será preceptivo el dictamen del Consejo Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”*.

Por su parte, la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, dispone en el artículo 54.9 a) que este último órgano deberá ser consultado, entre otros asuntos, en los expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha concernientes a *“reclamaciones de responsabilidad patrimonial por cuantía superior a seiscientos un euros”*, esta-

bleciendo posteriormente su artículo 57 que *“Las Corporaciones Locales de Castilla-La Mancha solicitarán el dictamen del Consejo Consultivo, a través de la Consejería de Administraciones Públicas, cuando preceptivamente venga establecido en las leyes”*.

A tenor de los preceptos aludidos, este Consejo, en sesión celebrada el día 25 de enero de 2012, estableció como criterio interpretativo determinante de la preceptividad de su dictamen en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración tramitados por las entidades locales de la Región, que el mismo debe ser solicitado en tal clase de expedientes cuando la cuantía reclamada exceda de seiscientos un euros.

La sociedad reclamante situó inicialmente en 5.883.076,93 euros la suma pedida como indemnización, reduciendo esta posteriormente a 1.377.911,45 euros, en el escrito de alegaciones presentado durante el trámite de audiencia. De tal modo, es evidente que la suma pretendida excede considerablemente del importe al que se anuda la obligada consulta a este Consejo, por lo que el presente dictamen se emite con carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- Las normas aplicables a los procedimientos tramitados como consecuencia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas a la Administración se encuentran principalmente recogidas en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, aprobatorio del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, disposición mediante la que se produjo el desarrollo reglamentario expresamente previsto en el citado artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Partiendo de estos referentes normativos, y una vez adoptadas las medidas propuestas por este Consejo en su acuerdo de devolución de 11 de septiembre de 2013, el examen de las actuaciones desarrolladas en el curso de la instrucción, ya descritas en los antecedentes, no suscita la presencia de irregularidades formales que puedan afectar a la validez de la resolución con la que se ponga fin al procedimiento.

El expediente se halla íntegramente foliado y correctamente ordenado desde una perspectiva cronológica, lo que ha propiciado un adecuado examen y conocimiento de su contenido.

Señalado lo anterior, procede pasar a examinar las cuestiones de fondo suscitadas por el expediente.

III

Presupuestos normativos y jurisprudenciales para la exigencia de la responsabilidad patrimonial.- La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de rango constitucional, con reflejo en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución, el último de los cuales establece que *“los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

Los presupuestos caracterizadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración tienen su principal formulación legal en los apartados 1 y 2 del artículo 139 y 1 del 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los que se establece que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; que, en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; y que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

A partir de las notas legales antedichas, la copiosa jurisprudencia existente sobre la materia ha estructurado una compacta doctrina, según la cual *“los requisitos exigibles para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a los administrados son los siguientes: en primer lugar, la efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente evaluable; segundo, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (Reglamento,*

acto administrativo, legal o ilegal, simple actuación material o mera omisión); por último, que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley” -Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 2004 (Ar. JUR 2004,83545, FJ 2º) y de 13 de octubre de 2006 (Ar. JUR 2006,293842), entre otras muchas, o, en parecidos términos, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1989 (Ar. RJ 1989,1986, FJ 3º)-. A la relación de requisitos precitados cabría agregar también, como elemento de singular significación para apreciar la referida responsabilidad patrimonial, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño producido.

El sistema de responsabilidad extracontractual aplicable a nuestras Administraciones Públicas ha sido calificado por la doctrina como de carácter objetivo. Este rasgo ha sido perfilado por nuestra jurisprudencia señalando que *“al afirmar que es objetiva se pretende significar que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho Civil, ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, y de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 40 [de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, hoy 139 de la Ley 30/1992], pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad”* -Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 (Ar. RJ 1998,6836) o de 28 de noviembre de 1.998 (Ar. RJ 1998,9967)-.

Ahora bien, aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia como un supuesto de responsabilidad objetiva, esta también nos señala que ello no convierte a la Administración en responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas o que tengan lugar con ocasión de la utilización de los servicios, sino que es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquella.

Así mismo, la responsabilidad patrimonial de la Administración se asienta en el criterio objetivo o concepto técnico de lesión, entendida esta como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber de soportar. Dicho deber existe cuando la medida impuesta por la Administración constituye una carga general que todos los adminis-

trados afectados por su esfera de actuación están obligados a cumplir, y puede venir determinado por la concurrencia de una concreta imposición legal o por otros factores vinculados ordinariamente a la propia situación o actitud del perjudicado, con incidencia sobre la entidad del riesgo generado por el actuar de la Administración.

La carga de la prueba de los hechos en que se base la reclamación de responsabilidad patrimonial recae necesariamente sobre el sujeto que la plantea, lo que incluye la acreditación de la relación causal invocada, de los daños producidos y de su evaluación económica. Es esta una formulación enunciada sistemáticamente por nuestra jurisprudencia, que encuentra ahora su principal apoyo en los artículos 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, que viene a recoger las reglas del *onus probandi* dentro de la categoría de las obligaciones, sentando la conocida máxima de que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su excepción al que la opone; todo ello, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, en consonancia con lo previsto en los artículos 78.1 y 80.2 de la citada Ley 30/1992, 26 de noviembre, y que se extiende a sus órganos, autoridades y funcionarios. De otro lado, recae sobre la Administración imputada la carga de la prueba cuando esta verse sobre la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción -v. gr. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999 (Ar. RJ 1999,4440) y de 21 de marzo de 2000 (Ar. RJ 2000,4049)-.

También debe de ser objeto de consideración el tiempo que haya mediado entre la producción del evento lesivo y el ejercicio de la acción tendente a su reparación, pues conforme a lo dispuesto en los artículos 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación o estabilización de sus efectos lesivos.

Diseñado el instituto de la responsabilidad patrimonial para compensar a los particulares por los perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios públicos, es obvio que, traducándose frecuentemente la labor de estos en la emisión de actos administrativos, una parte de los supuestos de responsabilidad patrimonial planteados tendrá su causa precisamente en la adopción de actos administrativos que sean estimados disconformes con el ordenamiento jurídico. Esta modalidad

singular de imputación tiene su reflejo en diversos preceptos de la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que contiene previsiones específicas, incardinadas allí donde se regula la revisión de dichos actos -Título VII- y donde se contempla la responsabilidad de la Administración -Título X-. Así, el artículo 102. 3 de dicha Ley establece: *“Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de un acto podrán establecer en la misma resolución por la que se declara esa nulidad, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley”*. Por su parte, el artículo 142.4 de la misma dispone: *“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativos no presupone derecho a indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5”*. Lo establecido en las anteriores disposiciones permite extraer que en todos los supuestos de responsabilidad patrimonial que dimanen de la infracción del ordenamiento jurídico en que incurrió un acto, el lesionado puede deducir la pretensión resarcitoria simultáneamente con la de anulación del acto o independientemente de aquella, una vez declarada la ilicitud del mismo.

El análisis de la relación de causalidad existente entre el actuar administrativo y los efectos lesivos producidos aparece de ordinario como elemento esencial en el examen de los procedimientos seguidos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ante la falta de referencias legales respecto de sus notas caracterizadoras, se dispone de una amplia creación jurisprudencial al respecto, que vino tradicionalmente considerando como rasgos definitorios de dicho vínculo teleológico su carácter directo, su inmediatez y su exclusividad respecto de los perjuicios generadores de la reclamación -así, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1987 (Ar. RJ 1987,426) o de 4 de junio de 1994 (Ar. RJ 1994,4783)-. Sin embargo, dicha tendencia doctrinal ha sido matizada y corregida, admitiéndose también formas de producción mediatas, indirectas y concurrentes que plantean la posibilidad de una moderación de la responsabilidad cuando intervengan otras causas, lo que deberá tenerse en cuenta en el momento de fijar la indemnización -Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001 (Ar. RJ 2001,10061), de 15 de abril de 2000 (Ar. RJ 2000,6255) o de 4 de mayo de 1999 (Ar. RJ 1999,4911)-. Este planteamiento conduce en cada supuesto al examen de las circunstancias concretas concurrentes y a la búsqueda de referentes en la abundante casuística que ofrece la jurisprudencia existente.

Finalmente, la intervención de este Consejo Consultivo en los procedimientos seguidos como consecuencia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial debe centrarse esencialmente en el examen de los elementos aludidos en el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en el que se dispone: *“Se solicitará que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización [...]”*.

IV

Requisitos para el ejercicio de la acción.- Previamente al examen de los presupuestos de fondo exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, procede ponderar la concurrencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción indemnizatoria.

En relación con la legitimación activa inherente a la reclamación que da origen al procedimiento, debe indicarse que esta se vincula a la condición de agente urbanizador del PAU correspondiente al Sector S-4 definido en los instrumentos de planeamiento municipal de la localidad de Pantoja, habiéndose acreditado en el expediente que tal condición recayó efectivamente en la sociedad que ejercita la acción, “K”, a través de acuerdo plenario de adjudicación adoptado el 11 de octubre de 2006 por el Ayuntamiento reclamado y anulado por sentencia de 12 de noviembre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Toledo, la cual fue confirmada posteriormente en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 11 de abril de 2011. De tal modo, y con las salvedades a que luego se hará mención sobre la improcedencia de la vía procedimental emprendida, es advertible en la entidad reclamante la posesión de un interés legítimo respecto a los pedimentos conformadores de la que acción que plantea.

Con similares matizaciones cabe también admitir la legitimación pasiva de la Administración local imputada, dado que los servicios públicos a cuya forma de actuación se ligan los perjuicios aducidos por la sociedad reclamante son los intervinientes en la adopción de los actos administrativos anulados, implicados, por tanto, en el desarrollo de las funciones inherentes al ejercicio de las competencias municipales en materia de ordenación del territorio y urbanismo, de las que hay amplia manifestación en el articulado del vigente texto refundido de Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística en Castilla-La

Mancha (TRLOTAU) -Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo-, en sintonía con las determinaciones de la legislación básica de régimen local -artículo 25.1.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local-.

Pasando a examinar el momento de ejercicio de la acción, el estudio de este aspecto adjetivo de la reclamación se encuentra íntimamente vinculado al análisis de la efectividad de los daños aducidos, siendo inevitable al abordarlo adelantar algunos razonamientos que inciden sobre el requisito de efectividad tratado ulteriormente en la consideración VI.

Debe señalarse, de entrada, que para la categoría de daños aquí suscitada resultaría de aplicación la regla singular contenida en el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reproducido textualmente en la consideración III, según la cual, cuando se produce la anulación por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva. Propugnando una interpretación literal de ese precepto, el Ayuntamiento imputado afirma en la propuesta de resolución que la reclamación formulada por “K” el día 29 de junio de 2012 estaría afectada de prescripción, argumentando para ello que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que declaró definitivamente la nulidad del PAU fue dictada con fecha 11 de abril de 2011 y la de anulación del Proyecto de Reparcelación el 6 de junio de 2011, mediando en ambos casos más de un año entre la fecha de tales fallos judiciales y la de interposición de la reclamación.

Sin embargo, este Consejo no puede compartir tal planteamiento sobre el modo de incidencia de la excepción analizada, dado que el tenor del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deber ser puesto en relación, necesariamente, con el principio general de *actio nata*, tal y como hizo este Consejo en otros recientes dictámenes -n.º 219, 220, 252, 297, 298, 301, 307 y 308, todos ellos del año 2013- emitidos por causa de reclamaciones de responsabilidad patrimonial asociadas a eventuales perjuicios que tenían su origen en la sentencia anulatoria de un PAU, y que veían condicionado su alcance y efectividad, como en el presente caso, por la pendencia de incidentes judiciales de ejecución. En dichos pronunciamientos este órgano consultivo ha señalado que *“El singular y dificultoso modo de operatividad de esta excepción procesal ante reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración ligadas a la anulación de títulos habilitantes en los ámbitos urbanísticos o edificatorios -ex artículo 35.d) del vigente Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio-, es cuestión que ha venido a suscitarse ocasionalmente en sede ju-*

dicial, infiriéndose de los criterios jurisprudenciales y doctrinales imperantes que la literalidad del precepto previamente transcrito debe ser puesta en conexión con el principio de actio nata, según el cual el cómputo del plazo para ejercitar una acción solo puede comenzar cuando ello es posible, coyuntura que se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión: el daño y la comprobación de su ilegitimidad”.

En el estudio de este elemento de la reclamación cabe acudir a los criterios enunciados al efecto en un grupo de sentencias del Tribunal Supremo, de corte muy similar -de 13 de octubre de 2009 (Ar. RJ 2009,7506), 23 de octubre de 2009 (Ar. RJ 2009,7644), 31 de mayo de 2011 (Ar. RJ 2011,4865), 1 de junio de 2011 (Ar. RJ 2012,1053) y 6 de junio de 2011 (Ar. RJ 2011, 5057)-, que analizan las consecuencias lesivas que pueden derivarse de la anulación judicial de actos de concesión de licencias urbanísticas, la diferente tipología de daños derivados de este tipo de contingencias y su paulatino modo de consolidación. A partir de las líneas jurisprudencias marcadas por dichas sentencias, pueden recordarse las consideraciones efectuadas por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en sus sentencias de 7 de marzo de 2012 (Ar. JUR 2012,114036) o 24 de abril de 2012 (Ar. JUR 2012,158251), donde se analizaba muy pormenorizadamente la problemática prescriptiva inherente a este tipo de situaciones, significándose en ellas: “[...] el art. 142,2º de la Ley 30/1992 debe combinarse con lo dispuesto con el art. 139,2º de la misma Ley, conforme al cual “en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”, por lo que si dentro del año siguiente a la sentencia todavía no se han producido los daños y perjuicios derivados de la misma, la acción no ha nacido todavía por falta de daño efectivo. Ello responde al principio general de la «actio nata», [...]”.

Así, la aplicación del principio de *actio nata* en términos análogos a lo ya visto en los dictámenes precitados, lleva a considerar que no es posible apreciar la excepción planteada por el Ayuntamiento consultante. La pendencia de los procedimientos judiciales en curso, ya referidos en los antecedentes, concernientes al modo de ejecución de las sentencias anulatorias del PAU y del subsiguiente Proyecto de Reparcelación, así como a la pretendida declaración de nulidad del Convenio Urbanístico suscrito por las partes el 11 de enero de 2007 y a sus consecuencias -procedimiento ordinario 392/2012-, revelan la existencia de un complejo entramado de pretensiones contrapuestas, interrelacionadas y sometidas a pronunciamiento judicial en distintas sedes, pendientes incluso de decisión en orden a su posible acumulación o suspensión, cuya clarificación inequívoca resulta precisa para poder determinar la realidad de

los perjuicios aducidos y, en su caso, el verdadero alcance económico de los mismos.

En consecuencia, estimando que el resultado de dichos procedimientos judiciales -cuyo estado actual de tramitación se desconoce-, tiene una potencial incidencia sobre la generalidad de los conceptos lesivos invocados, no puede afirmarse que estos revistan aún carácter efectivo, como el propio Ayuntamiento aduce en su propuesta de resolución, sin que en estas circunstancias sea posible declarar prescrita la acción.

V

Carácter contractual de la relación jurídica originadora de la pretensión indemnizatoria e inexistencia de título de imputación en vía de responsabilidad patrimonial.- Analizando el contenido de la reclamación; tanto en su versión primitiva de 29 de junio de 2012, donde incluso se pedía el reintegro de las sumas entregadas al Ayuntamiento por el agente urbanizador en concepto de monetarización del aprovechamiento lucrativo municipal; como en la versión dimanante de lo plasmado en el escrito de alegaciones presentado el día 22 de octubre de 2013, que reduce considerablemente el monto de la cuantía pretendida en concepto de responsabilidad patrimonial, es advertible que la totalidad de conceptos lesivos aún mencionados en esta segunda ocasión se relaciona con la frustración de beneficios, la realización de desembolsos económicos o la asunción del coste de actividades llevadas a cabo por la sociedad reclamante en su calidad de agente urbanizador adjudicatario del tan citado PAU, figura concebida en el TRLOTAU como un gestor indirecto de la acción urbanizadora y ligado a la Administración competente mediante un vínculo de naturaleza contractual.

Así se extrae de las previsiones de citado cuerpo legal que regulan la ejecución de los Programas de Actuación Urbanizadora por agentes urbanizadores, señalando específicamente su artículo 125: *“Las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa de Actuación Urbanizadora se regirán por lo dispuesto en esta Ley y, en el marco de la misma, en los Planes, el propio Programa y los actos adoptados para su cumplimiento, así como, supletoriamente, por las reglas del contrato de gestión de servicios públicos de la legislación de contratación del sector público”*. Esta índole contractual de la relación surgida de la adjudicación del papel de agente urbanizador por parte de la Administración competente, formalizada a través del correspondiente Convenio Urbanístico, ha sido declarada reiteradamente por la doctrina con motivo de los pronunciamientos habidos por razón de procedimien-

tos de anulación o resolución de adjudicaciones, donde se ha sostenido la aplicabilidad de la normativa de contratación.

Valga por todas lo expresado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 (Ar. RJ 2009,574), en cuyo fundamento de derecho se declara: *“Lo primero que hemos de decir es que esta Sala ha declarado repetidamente que a las adjudicaciones de Programas de Actuación Urbanística les es aplicable la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Así lo hemos señalado, con cita de sentencias anteriores, en la de 8 de Abril de 2008 (casación 1231/04), con estas palabras literales: [] “En nuestras Sentencias de fechas 4 de enero de 2007 (recurso de casación 4839/2003) y 5 de febrero de 2008 (recurso de casación 714/2004) hemos tenido ocasión de indicar que los preceptos legales y reglamentarios autonómicos han de interpretarse en armonía con la legislación estatal básica, pero, en cualquier caso, en esas mismas sentencias y en las de fechas 28 de diciembre de 2006 (recurso de casación 4245/2003), 27 de marzo de 2007 (recurso de casación 6007/2003), 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003), 27 de diciembre de 2007 (recurso de casación 10/2004) y 27 de febrero de 2008 (recurso de casación 6745/2005), hemos declarado que es aplicable a las adjudicaciones de actuaciones urbanísticas contempladas en la Ley autonómica valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995, de 18 de mayo, y en el Texto Refundido de la misma, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , dado que estos textos legales constituyen legislación básica sobre contratos administrativos de acuerdo con el artículo 149.1.18ª de la Constitución y han incorporado a nuestro ordenamiento interno el propio de la Unión Europea, entre otras la Directiva 93/37/CEE en materia de contratos de obras”. [] (Estas mismas razones son aplicables a la legislación autonómica de Castilla-La Mancha, por más que el artículo 125 de la Ley Autonómica 2/1998, de 4 de Junio, remita supletoriamente a las normas sobre el contrato de gestión de servicios públicos, lo que carece de relevancia a estos efectos)”*.

Partiendo de estas premisas, hay que acudir a dicha normativa contractual para determinar los efectos de la anulación del PAU aprobado por el Ayuntamiento de Pantoja el 11 de octubre de 2006 y de su simultánea adjudicación al agente urbanizador, destacando que el artículo 65.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) de 18 de junio de 2000 -norma vigente en el momento de la adjudicación del PAU- establecía al efecto: *“Efectos de la declaración de nulidad. [] 1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto*

no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido [...]”.

Lo previsto en este inciso final revela nítidamente que la propia normativa contractual articula una vía específica encaminada a plantear y dilucidar las consecuencias indemnizatorias que pudieran derivarse de la anulación de un acto de adjudicación contractual, y que esta es diferente de la vía de la responsabilidad patrimonial prevista en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Es más, en este caso, incluso dicha vía contractual habría sido ya emprendida por el propio afectado, planteando en ella la compensación por algunos efectos lesivos que también incluyó luego a su primitiva reclamación de responsabilidad patrimonial, aunque posteriormente, en las alegaciones formuladas en uso del trámite de audiencia, el accionante haya pretendido circunscribir el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial a conceptos lesivos no suscitados en su anterior petición, ya situada en vía contenciosa, aunque sin lograr plenamente su propósito.

En cualquier caso, es evidente que en este segundo procedimiento -planteado por el agente urbanizador como exigencia de responsabilidad patrimonial y así tramitado por el Ayuntamiento- pretenden ventilarse cuestiones que están visiblemente comprendidas dentro de los efectos restitutorios previstos en el citado artículo 65.1 del TRLCAP, como lo es, claramente, el pago de las obras efectivamente ejecutadas por el adjudicatario -el más cuantioso de los conceptos indemnizatorios invocados (428.717 euros)-, al igual que otras de índole indemnizatoria, como el referido *“coste de oportunidad por el gasto monetarización”*, por el que se piden 412.538,04 euros, que sería equiparable a la exigencia del pago de intereses recogida anteriormente en la solicitud de 29 de marzo de 2012, donde se pedían 314.705,71 euros por *“los intereses legales devengados de las cantidades aportadas hasta su completa devolución”* -folio 120-, y que puede ser incardinable dentro de la noción de perjuicios sufridos a consecuencia de la nulidad, contemplada en dicho precepto legal.

La íntima relación existente entre ambas peticiones, así como su origen común en una misma relación contractual, dimanante de una adjudicación declarada nula y que se ha pretendido subsanar con acuerdos aún sometidos a pronunciamiento judicial, ha ocasionado que se haya instado la acumulación de los procedimientos judiciales 392/2012 y 487/2012 -seguidos ambos en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Toledo-, así como la suspensión de los mismos hasta la resolución de los dos incidentes de ejecución de sentencia en los que se dilucida la validez de los referidos acuerdos subsanatorios de 12 y 25 de

marzo de 2013, sin que sobre este último extremo obre en el expediente resolución judicial que se pronuncie explícitamente al efecto. No es propósito ni función de este Consejo anticipar juicios sobre lo que pueda decidir a estos efectos el referido órgano judicial, pero resulta perceptible, en su opinión, que la multiplicidad de pretensiones económicas planteadas por la sociedad reclamante en ambos procedimientos tiene un mismo origen común y un visible encaje en el conjunto de consecuencias previstas en el citado artículo 65 del TRLCAP, sin que, por ello, parezca procedente hacer un análisis y pronunciamiento diferenciado respecto de los muchos conceptos lesivos barajados confusamente por el afectado, los cuales han sido escindidos de forma cambiante y gratuita por la sociedad accionante entre los dos distintos procedimientos administrativos y contenciosos promovidos.

La improcedencia de plantear a través del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración exigencias indemnizatorias que tienen origen en una relación contractual es cuestión sobre la que también es posible hallar algunos precedentes doctrinales de referencia, pudiendo citarse como ejemplos:

- La sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de junio de 2009 (Ar. JUR 2009,311728), donde se declara: *“A la vista de dicho precepto, resulta evidente a juicio de la Sala, que la indemnización de esos daños y perjuicios que derivan de la no formalización del contrato por causa imputable a la Administración, debe efectuarse en el marco del procedimiento de contratación, como una incidencia del mismo, por tratarse de un derecho de naturaleza contractual. [] No procede acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial en reclamación de unos daños y perjuicios derivados de la no formalización de un contrato, cuando es la propia normativa que regula la responsabilidad contractual, artículo 54.3 TRLCAP la que establece la procedencia de la indemnización de dichos daños”*.

- El dictamen del Consejo de Estado 3078/2000, de 8 de noviembre, donde se manifiesta: *“la naturaleza jurídica de la pretensión sustanciada por la interesada en este expediente no es la de una reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración, sino la de una reclamación de responsabilidad contractual. El Consejo de Estado ha manifestado en otras ocasiones que “no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración, cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tiene otra vía procedimental específica, prevista en el Ordenamiento jurídico, como es el caso de las pretensiones de resarcimiento derivadas de relaciones jurídicas específicas que ligan previamente a Administración y particular”, como por ejemplo las relaciones contractuales (dictamen número 560/97, de 24 de abril de 1997). No debe,*

por tanto, buscarse el fundamento de esta acción en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, sino en las normas que rigen los efectos de este contrato privado de la Administración”.

Corolario de todo lo expuesto en la presente consideración es que, a juicio de este Consejo, resulta improcedente hacer pronunciamiento administrativo alguno en relación con las pretensiones indemnizatorias planteadas a través de la vía procedimental elegida por la parte reclamante, en cuanto calificada como exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, sin perjuicio de su posible reconfiguración como exigencia de restitución de cosas o de reparación de daños y perjuicios mediante el cauce y acciones previstas en la normativa básica contractual, sin que en tal caso fuere preceptiva la intervención de este Consejo Consultivo.

VI

Efectividad de los daños alegados por la entidad reclamante.- Por último, ahondando en lo ya adelantado en la consideración IV al analizar el momento de interposición de la reclamación y su posible prescripción, procede examinar, a continuación, la efectividad de los perjuicios aducidos.

El examen de este requisito viene marcado normativamente por lo previsto en el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, donde se establece que, *“En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*, lo que queda equiparado por la jurisprudencia a la realidad del mismo, de modo que, según afirma el Tribunal Supremo, únicamente serán indemnizables aquellos daños que se hayan producido de forma real y efectiva, pero no los meramente conjeturados o hipotéticos -sentencia de 3 de febrero de 1989 (Ar. RJ 1989,809)-; esto es, los daños deben ser *“auténticos, no potenciales o posibles, sin que sean resarcibles las meras especulaciones sobre perjuicios o pérdidas contingentes o dudosas”* -sentencia de 10 de junio de 1981 (Ar. RJ 1981, 2453)-. En este mismo sentido expone también el alto Tribunal, en sentencia de 7 de junio de 2011 (Ar. RJ 2011,5091), que *“por daño efectivo hay que entender daño cierto ya producido, no simplemente posible, contingente o futuro, lo que no excluye que, en algún caso, deba indemnizarse también el daño que habrá de ocurrir en el porvenir pero cuya producción sea indudable y necesaria por la certeza de su acontecimiento en el tiempo y sin perjuicio también de que, en todo caso pueda ser reclamada*

la indemnización del daño eventual cuando se haga efectiva su incidencia en el patrimonio particular”.

Partiendo de lo expuesto, hay que recordar que sobre el complejo asunto que motiva la reclamación de responsabilidad patrimonial analizada -llevada ya a la vía contencioso-administrativa por la sociedad accionante- existen, además, otros tres procedimientos judiciales anteriores y en curso, dos de ellos consistentes en incidentes de ejecución de sentencias concernientes al modo de cumplimiento de los fallos anulatorios del citado PAU y del subsiguiente Proyecto de Reparcelación. En estos incidentes ejecutivos la tesis defendida por el Ayuntamiento de Pantoja es que con los acuerdos municipales adoptados en fecha 12 y 25 de marzo de 2013 se habrían corregido las deficiencias formales que motivaron la anulación del PAU, resultando de ello una suerte de convalidación de actos posteriores, que se declara por el Ayuntamiento de forma explícita en orden a lograr la conservación de la adjudicación recaída, del Convenio Urbanístico suscrito entre las partes y del aval recabado del agente urbanizador. El tercer asunto pendiente de pronunciamiento judicial es el derivado de la inadmisión a trámite de una solicitud formulada por el agente urbanizador con el fin de que se declarara expresamente la nulidad del referido Convenio Urbanístico, se autorizara la cancelación de dicho aval, se le retornaran las cantidades abonadas en concepto de monetarización del aprovechamiento lucrativo municipal y se le abonaran los intereses legales de estas últimas.

Dicho esto, como el planteamiento primordial de la sociedad reclamante en sustento de los pedimentos mantenidos en su reclamación de responsabilidad patrimonial es que los gastos y actuaciones realizados en cumplimiento de las obligaciones asumidas en el referido Convenio Urbanístico habrían resultado estériles por causa de los fallos anulatorios referidos, es tangible que el resultado de los incidentes de ejecución de sentencia promovidos por el Ayuntamiento de Pantoja, quien aboga en ellos por la viabilidad de una continuación del proceso urbanizador sin necesidad de nuevo acto de adjudicación y de reformular sus condiciones de ejecución, introduce un elemento de incertidumbre -insoslayable, al menos en un plano meramente hipotético-, por razón del cual no puede considerarse inequívoca la identificación y magnitud de los conceptos lesivos planteados. Es decir, la pendencia de los referidos incidentes de ejecución de sentencia hace que el efecto lesivo de los mencionados fallos anulatorios no se haya concretado para el agente urbanizador de una manera estable, definida y evaluable, toda vez que en aquellos va a dilucidarse la viabilidad de los dos acuerdos subsanatorios adoptados por dicha entidad local en marzo de 2013, así como las

pretensiones de contrario formuladas por quienes se hayan personado en dichos procedimientos -v. gr., folio 655 del expediente-.

Incluso en el caso de que estos incidentes de ejecución de sentencia se resolvieron de forma opuesta a las pretensiones del Ayuntamiento -en términos que habría que conocer, en cualquier caso-, la pendencia del procedimiento ordinario 392/2012 seguido en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Toledo, hace también que alguno de los elementos lesivos contemplados en el subsiguiente procedimiento judicial 487/2012 -correspondiente a la reclamación que aquí se dictamina-, pueda verse condicionado por el mismo, toda vez que en la demanda del procedimiento ordinario 392/2012 -folio 768- la sociedad demandante ha interesado, como efecto derivado de la nulidad del Convenio Urbanístico que el Ayuntamiento se negó a reconocer, que se le liquiden los “*intereses legales*” de las sumas pagadas al Ayuntamiento (1.520.817 euros) como monetarización del aprovechamiento lucrativo, ello “*desde su reclamación judicial*”; petición esta que vendría a coincidir y a solaparse parcialmente en el tiempo con la que también ha incluido en la demanda del procedimiento ordinario 487/2012 -sobre responsabilidad patrimonial- cuando insta del juzgado competente, entre otras cosas, 412.538,04 euros en concepto de “*coste de oportunidad por el gasto de monetarización*”, calculando este hasta el día 2 de julio de 2013 mediante la aplicación del “*interés legal del dinero*” a cada pago realizado -folio 810-.

En virtud de todo lo expuesto, procede concluir que en las circunstancias de litigiosidad judicial previamente expuestas no es posible conferir carácter efectivo a la multiplicidad de conceptos lesivos invocados por la entidad reclamante, faltando así uno de los requisitos necesarios para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que siendo improcedente la invocación del título de imputación suscitado por “K” para obtener indemnización a través del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños de índole contractual eventualmente ocasionados por el Ayuntamiento de Pantoja y careciendo estos de carácter efectivo, procede dictar resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial examinada.

Toledo, 26 de marzo de 2014.

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Memoria.- Con fecha 6 de marzo de 2013 la Directora General de Familia, Menores y Promoción Social suscribió memoria justificativa de la norma.

Tras reseñar el marco normativo y competencial en el que se habría de insertar la disposición, enumeraba los objetivos pretendidos con la iniciativa que concretaba en renovar el marco normativo de la protección jurídica a la infancia y la adolescencia para adaptarlo a las necesidades actuales de las familias, definir los derechos y deberes de los menores y garantizar su cumplimiento, definir y delimitar las instituciones de protección de los menores, distribuir competencias entre los distintos órganos y servicios de la Administración al objeto de perfilar procedimientos más ágiles, contribuir al ahorro del gasto público mediante el reconocimiento y fomento del acogimiento familiar, favorecer medidas alternativas al internamiento en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores infractores fomentando la mediación extrajudicial como mecanismo de conciliación y constituir un régimen sancionador más eficaz.

En relación a los medios necesarios afirmaba que la aprobación del anteproyecto *“se basa en la reordenación y mayor eficacia del gasto ya previsto presupuestariamente”*, de modo que con las disponibilidades existentes en la Ley de Presupuestos en vigor se daba efectividad tanto a las necesidades de personal como financieras derivadas de la aplicación de la norma.

La conveniencia de acometer tal regulación la concretaba en la necesidad de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en la legislación internacional, comunitaria y en la Constitución, así como en la obsolescencia de las previsiones de la vigente Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha, pues las situaciones en ella contempladas han sido superadas por la evolución de la sociedad y las familias,

existiendo un desfase entre la realidad social y el ordenamiento jurídico que la regula.

Finalmente destacaba la incidencia de la futura norma señalando la afectación que la misma tendrá sobre la normativa en vigor y sobre el ejercicio de competencias.

Segundo. Autorización de la iniciativa legislativa.- A la vista de la mencionada memoria, con fecha 7 de marzo siguiente el Consejero de Sanidad y Asuntos Sociales acordó autorizar la iniciación del procedimiento de elaboración y aprobación del anteproyecto de Ley.

Tercero. Memoria económica.- Redactado un primer borrador de la norma fechado el mismo 7 de marzo, la Directora General de Familia, Menores y Promoción Social, suscribió memoria económica en igual fecha.

Expresaba que la aprobación del anteproyecto de Ley planteado *“no tiene previsto un nuevo gasto para la Junta de Comunidades, sino que se basa en la reordenación y la mayor eficiencia del gasto ya previsto presupuestariamente”*.

Detallaba en dicho documento tanto la distribución provincial de la población menor afectada por la regulación, como el presupuesto aprobado para el año 2013 y su distribución entre los diferentes programas y acciones.

Cuarto. Informe del Coordinador de Calidad.- Se inserta a continuación el informe emitido el 11 de marzo de 2013 por el Coordinador de Calidad de la Consejería en el que enumeraban y describían los procedimientos previstos en la norma, cuya trascendencia *“no radica tanto en la simplificación y reducción de cargas administrativas, como en garantizar el interés del menor por encima de cualquier otro interesado, sea o no este último el que haya iniciado el procedimiento”*. Relacionaba también los registros administrativos creados por la nueva regulación.

Concluía expresando que no se producía variación ni individual ni colectiva en la medición de cargas administrativas derivadas de dichos procedimientos.

Quinto. Informe de la Directora General de Presupuestos.- En atención al contenido de la memoria económica, con fecha 4 de abril de 2013 la Directora General de Presupuestos emitió informe favorable al anteproyecto, significando que *“en cualquier caso, la financiación de las*

actuaciones derivadas de la aplicación del anteproyecto de ley objeto de informe quedará supeditada a las dotaciones financieras que para tal fin se consignen en las sucesivas leyes de presupuestos”.

Sexto. Informe de la Secretaría General.- Elaborado un segundo borrador de la norma con fecha 10 de julio de 2013, emitió informe sobre el mismo el 9 de octubre la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales.

Tras referir la competencia para la elaboración del anteproyecto y el objeto y estructura del mismo, describía el procedimiento a seguir significando la necesidad de contar con el dictamen del órgano consultivo.

Concluía pronunciándose favorablemente sobre el texto examinado, dado que respeta el ordenamiento jurídico que le es aplicable.

Séptimo. Informe de la Inspección General de Servicios.- Se incorpora al expediente el informe emitido el 14 de octubre de 2013 por la Inspectora General de Servicios en el que brevemente se afirmaba que el anteproyecto *“se ajusta y cumple con la normativa vigente aplicable en la actualidad sobre racionalización y simplificación de procedimientos administrativos”*.

Octavo. Toma de conocimiento por el Consejo de Gobierno.- El expediente hasta aquí tramitado fue elevado por el titular del departamento proponente de la iniciativa al Consejo de Gobierno, órgano que en sesión celebrada el 31 de octubre de 2013 acordó tomar conocimiento del anteproyecto de Ley.

De dicho acuerdo ha quedado constancia en el expediente mediante certificado expedido en la misma fecha por la Secretaría Adjunta a dicho órgano.

Noveno. Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades.- El anteproyecto elaborado y el expediente en que trae causa se sometieron al Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades solicitando la emisión de informe.

En contestación al requerimiento efectuado emitió informe con fecha 14 de enero de 2014 una Letrada con el visto bueno de la Directora de dicho órgano, en el que tras aludir al ámbito competencial y describir la estructura y contenido de la norma propuesta, se pronunciaba sobre el texto en sentido favorable, si bien efectuando diversas consideraciones a preceptos concretos.

Décimo. Información pública.- Para impulsar el procedimiento se publicó en el tablón de edictos electrónico de la Administración de la Junta de Comunidades anuncio otorgando trámite de información pública a cuantos estuvieran interesados. Dicho anuncio se mantuvo accesible al público durante el periodo comprendido entre el 20 de enero y el 10 de febrero de 2014.

Finalizado este periodo, el anteproyecto fue remitido con fecha 26 de febrero posterior, mediante correo electrónico, a diversas asociaciones y colegios profesionales relacionados con la materia de protección de menores que se regula en el mismo.

Se han recibido alegaciones de las siguientes entidades: Aldeas Infantiles SOS Castilla-La Mancha, Asociación ACCEM, Asociación ACOFAM de intervención y orientación familiar, Asociación de Familias de Acogida de Castilla-La Mancha (ASOFACAM), Federación Castellano-manchega de Familias Numerosas (ACAMAFAM), Asociación para el Desarrollo Integral de los Menores (DIME), Colegio Oficial de Educadores Sociales de Castilla-La Mancha y Colegio Oficial de Trabajo Social de Castilla-La Mancha.

Undécimo. Informe de la Directora General de Familia, Menores y Promoción Social.- A la vista de las alegaciones presentadas, la Directora General de Familia, Menores y Promoción Social emitió informe con fecha 28 de marzo de 2014, examinando cada una de ellas y motivando el tratamiento otorgado a las mismas.

Duodécimo. Memoria sobre la tramitación.- Redactado un tercer borrador de la norma fechado el 31 de marzo de 2014, la Directora General mencionada suscribió memoria descriptiva de los diferentes trámites obrantes en el procedimiento tramitado y sobre los diversos impactos que conllevaría la aprobación de la norma.

En este documento incidía en que el anteproyecto *“no contiene ninguna discriminación por razón de género. Su contenido se aplicará en estricta igualdad tanto a hombres como a mujeres, a niñas como a niños y adolescentes, por lo que no tiene ningún impacto en lo que a género de las personas se refiere”*.

Décimo tercero. Toma en consideración por el Consejo de Gobierno.- En sesión celebrada el 10 de abril de 2014 el Consejo de Gobierno acordó tomar en consideración el anteproyecto elaborado y solicitar el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Este acuerdo se ha acreditado en el expediente mediante certificación de la Secretaría Adjunta a dicho órgano ejecutivo colegiado emitida en esa misma fecha.

Décimo cuarto. Texto definitivo del anteproyecto de Ley.- El anteproyecto de Ley sometido a dictamen consta de una Exposición de Motivos, 143 artículos divididos en un Título Preliminar y nueve Títulos, algunos de los cuales se componen de Capítulos, una disposición adicional, una transitoria, una derogatoria y tres finales.

La Exposición de Motivos consta de cuatro apartados en los que se alude, respectivamente, al marco normativo en que se inserta la norma, a la competencia ejercitada con su aprobación, a la finalidad y objetivos pretendidos con la misma y a la estructura y contenido que presenta.

El Título Preliminar se denomina “*Disposiciones Generales*” y comprende los artículos 1 al 5 relativos al objeto y ámbito de aplicación de la norma, los principios rectores de la actuación administrativa, los criterios generales que han de regir dicha actuación, corresponsabilidad y colaboración, la promoción y divulgación de los derechos de la infancia y la adolescencia y la prioridad presupuestaria que presentan las intervenciones en este ámbito.

El Título I, bajo el enunciado de “*Derechos y deberes de los menores*”, contiene tres Capítulos. El Capítulo I regula en los artículos 6 a 19 los “*Derechos de los menores*”. El Capítulo II enumera en los artículos 20 a 23 los “*Deberes y responsabilidades de los menores*”. El Capítulo III norma en los artículos 24 a 26 los “*Deberes y responsabilidades de los padres, de los ciudadanos y de los poderes públicos respecto de los menores*”.

El Título II, rubricado “*Situación de riesgo, desamparo, conducta inadaptada y las medidas de protección*”, presenta la siguiente estructura: El Capítulo I dedicado a “*Disposiciones generales*” abarca los artículos 27 y 28 concernientes al concepto de protección y criterios específicos de la actuación administrativa. El Capítulo II, alusivo a las “*Comisiones provinciales de tutela y guarda de menores*”, se halla conformado por los artículos 29 a 33 reguladores de dichos órganos colegiados, sus criterios de actuación, su composición, su competencia y su régimen de funcionamiento. El Capítulo III comienza con el artículo 34 dedicado a definir el concepto de “*Situación de riesgo*”, adicionando en los artículos 35 y 36 la declaración de tal situación y las medidas de protección para los menores que se hallen en ella. Idéntica estructura presenta el Capítulo IV en referencia a la “*Declaración de desamparo*”, en los artículos 37 a 39. El Capítulo V

regula la “*Tutela*”, previendo en los artículos 40 a 42 los casos en que la Administración de la Junta asume la misma, el cese de tal situación y la promoción de la tutela ordinaria. El Capítulo VI se refiere a la “*Guarda*” contemplando en los artículos 43 a 45 los supuestos en que será asumida por la Administración y su modo de ejercicio. El Capítulo VII versa sobre la “*Conducta inadaptada*” estableciendo en los artículos 46 a 49 los supuestos, su declaración, los criterios de actuación y el auxilio a padres o tutores en el ejercicio de su potestad.

El Título III, regulador del “*Procedimiento para el ejercicio de la acción de protección*”, integra cuatro capítulos. El Capítulo I concierne al “*Procedimiento de declaración de situación de riesgo*” y expresa en los artículos 50 a 52 el acuerdo por el que se declara dicha circunstancia, el proyecto de intervención familiar y la prórroga y cese de la situación. El Capítulo II desarrolla el “*Procedimiento para la declaración de desamparo y asunción de tutela*”, atendiendo en los artículos 53 al 63 la incoación, la instrucción, las medidas cautelares, las alegaciones y medios de prueba, la audiencia, la finalización del procedimiento, la notificación, la ejecución y recursos, el procedimiento de urgencia, el ejercicio de la tutela derivada de la declaración de desamparo y el cese de la tutela. El Capítulo III alude al “*Procedimiento para la asunción de la guarda*” incluyendo en los artículos 64 a 67 los supuestos que comprende, la guarda asumida a solicitud de padres, tutores o guardadores, su ejercicio y la guarda asumida por razones de urgencia. El Capítulo IV titulado “*Procedimiento para la declaración de un menor con conducta inadaptada*” prevé en los artículos 68 a 72 el acuerdo de declaración de esta situación, el proyecto de intervención familiar en estos casos, la asunción de la guarda, la prórroga y cese y las notificaciones.

El Título IV, denominado “*Acogimiento*”, se conforma por dos capítulos dedicados respectivamente al “*Acogimiento familiar*” -artículos 73 a 80- en el que se regula su concepto, duración, apoyo, acogimiento familiar profesionalizado, acogimiento en hogar funcional, idoneidad de acogedores y promoción de la figura; y al “*Acogimiento residencial*” -artículos 81 a 86- afectantes al concepto, fines, procedimiento de ingreso, régimen y organización de los centros y centros especiales.

El Título V, llamado “*Adopción*”, se compone de tres capítulos. El Capítulo I, “*Disposiciones generales*”, detalla en los artículos 87 a 97 el concepto, objeto, competencias, criterios generales, procedimiento, formación de los solicitantes, requisitos previos de valoración técnica de las solicitudes, declaración de idoneidad, efectos de la misma, menores con necesidades especiales y tratamiento de la información. El Capítulo

II, “*Comisión Regional de Adopción*”, prevé en los artículos 98 a 100 su composición, competencias y régimen de funcionamiento. El Capítulo III contempla en los artículos 101 y 102 medidas de “*Promoción y apoyo a la adopción*”.

El Título VI, concerniente a la “*Ejecución de medidas socioeducativas y judiciales*” se halla constituido por cinco capítulos. El Capítulo I, “*Disposiciones generales*”, regula en los artículos 103 a 105 la competencia, criterios específicos de la actuación administrativa y ejecución de medidas. El Capítulo II prevé en los artículos 106 a 108 la “*Colaboración de la Administración Regional en las soluciones extrajudiciales*”, especificando criterios de actuación y la realización del servicio de mediación extrajudicial con menores. El Capítulo III, “*Medidas en medio abierto*”, alude en los artículos 109 a 111 a su concepto, el programa individualizado de ejecución de los mismos y el modelo individualizado de intervención. El Capítulo IV, “*Medidas en centros*”, desarrolla en los artículos 112 al 114 la competencia, reglamento de régimen interno y regímenes de internamiento. El Capítulo V atiende en los artículos 115 y 116 al “*Seguimiento, modificación y cese de las medidas*”.

El Título VII se dedica a la “*Comisión regional de protección jurídica del menor*”, incluyendo en los artículos 117 a 120 la definición, composición, funciones y régimen de funcionamiento de dicho órgano.

El Título VIII enumera en los artículos 121 a 129 los “*Registros regionales de atención y protección de menores*”, distinguiendo los mismos y detallando normas sobre su constitución, adscripción y gestión informatizada.

El Título IX considera en los artículos 130 a 143 el “*Régimen sancionador*”, tipificando y clasificando las infracciones y las sanciones y su graduación.

La disposición adicional única afecta a la “*Gratuidad de inscripción registral*”, determinando los registros en que de la inscripción no derivará coste alguno.

La disposición transitoria única incide en la situación de los “*Expedientes anteriores a la entrada en vigor de esta Ley*”.

La disposición derogatoria única deja sin vigencia expresamente la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha, para concluir con una cláusula general de derogación atinente a todas las

disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la misma.

La disposición final primera introduce una modificación en la Ley 4/1995, de 16 de marzo, de Voluntariado de Castilla-La Mancha; la disposición final segunda modifica la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Especializado de Mediación Familiar; y la disposición final tercera fija la entrada en vigor de la norma al mes de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

En tal estado de tramitación V. E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 23 de abril de 2014.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- Se somete al Consejo Consultivo el anteproyecto de Ley de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, con invocación de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en cuyo apartado 3 se establece que este último órgano deberá ser consultado “*en los siguientes asuntos:* [] [...] 3.- *Anteproyectos de Ley*”.

De acuerdo con dicha disposición, procede emitir el presente dictamen con carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- El procedimiento de elaboración de una norma de rango legal impulsada desde el poder ejecutivo ha de ajustarse a lo previsto en el artículo 35 de la citada Ley 11/2003, de 25 de septiembre, regulador del ejercicio de la iniciativa legislativa por parte del Consejo de Gobierno. Este artículo dispone que “*los textos que tengan tal objeto se elaboran y tramitan como anteproyectos de Ley*”.

elevándose, junto con todas las actuaciones y antecedentes, a la consideración del Consejo de Gobierno". Asumida la iniciativa legislativa, este órgano ejecutivo colegiado, a la vista del texto del anteproyecto, *"decide sobre ulteriores trámites y consultas y, cumplidos éstos, acuerda su remisión al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Emitido el preceptivo informe, el Consejo de Gobierno acuerda la remisión del proyecto a las Cortes de Castilla-La Mancha, acompañado del informe del Consejo Consultivo y de los antecedentes necesarios"*. Los genéricos términos en que se encuentra formulado tal precepto dejan a criterio del órgano encargado de la elaboración de la norma, en su primera fase, y del Consejo de Gobierno, después, una vez que ha tomado en consideración el texto redactado, la apreciación de qué antecedentes o trámites concretos son precisos para la elaboración de una disposición de este rango, recayendo en las Cortes Regionales, finalmente, la decisión sobre el grado de suficiencia de los mismos.

En el expediente sometido a consulta queda acreditado que, conforme a lo señalado en el citado precepto, el Consejo de Gobierno, en su reunión de 10 de abril de 2014, tomó en consideración el anteproyecto de Ley de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, acordando su remisión a este Consejo Consultivo para la emisión de su dictamen.

En cuanto al resto de las actuaciones desarrolladas previamente, que ya han sido descritas en antecedentes, cabe señalar su general y adecuada orientación hacia la operatividad de procedimiento desarrollado, siendo de destacar la articulación de un trámite de información pública, como instrumento directo de participación de los sectores sociales eventualmente concernidos por la iniciativa, que ha propiciado la formulación de alegaciones al contenido del texto proyectado.

Ahora bien, debe advertirse sobre la falta de intervención del Consejo Regional de Municipios, órgano cuya participación en el proceso normativo deriva de lo dispuesto en el artículo 77.a) de la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha, dada la visible incidencia de muchas de las previsiones legales proyectadas sobre la esfera competencial y funcional de las entidades locales de la Región. Un examen del texto elaborado denota que en el mismo tienen acogida numerosos preceptos que repercuten de diversa forma sobre el ámbito competencial propio de los Ayuntamientos, pudiendo citarse, a modo de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, los contenidos en los artículos 15, 17, 20.2, 23.2, 35.2, 36, 50, 51, 53, 59, 61 o 118.1.j).

En cualquier caso, procede remitirse a lo que este Consejo viene señalando reiteradamente respecto al alcance relativo de las carencias producidas en los procedimientos de elaboración de normas de rango legal, insistiendo en que, una vez que el Consejo de Gobierno ha tomado en consideración el texto redactado, con *“apreciación de qué antecedentes o trámites concretos son precisos para la elaboración de una disposición de este rango, [...] [es a] las Cortes Regionales, en última instancia, a quienes corresponde apreciar la suficiencia o carencia de los mismos”* -dictamen 33/2010, de 17 de marzo, entre otros muchos-.

Se incluyen además los informes emitidos por la Directora General de Presupuestos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 de la entonces vigente Ley 10/2012, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2013; por el Coordinador de Calidad de la Consejería en relación a la adaptación del anteproyecto a la normativa sobre racionalización y simplificación de procedimientos administrativos, en virtud de lo previsto en el artículo 34.1.a) del Decreto 69/2012, de 29 de marzo, por el que se regulan las actuaciones sobre calidad de los servicios públicos en la Junta de Comunidades; por la Inspectora General de Servicios en aplicación del punto 3.1.1.d) de las Instrucciones sobre el régimen administrativo del Consejo de Gobierno; por el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1.b) de la Ley 5/2013, de 17 de octubre, de Ordenación del Servicio Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; y por la Secretaria General de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales en el que, entre otros aspectos, se valora el impacto de género en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha.

Entre la documentación remitida figuran los diversos borradores de la norma -debidamente datados- que se han ido elaborando durante la sustanciación del procedimiento, lo que ha permitido conocer la evolución del contenido de los diferentes preceptos del anteproyecto en orden a las aportaciones que sucesivamente se iban incorporando y que reflejan la valoración que desde la Consejería promotora se iba haciendo de las mismas.

Por último, cabe señalar que el expediente dispone de un índice numerado de los documentos que lo conforman, encontrándose cronológicamente ordenado y foliado, lo que ha facilitado su examen y toma de conocimiento.

Con las reservas apuntadas, cabe concluir que han sido observadas las previsiones que la Ley establece para la elaboración de las disposiciones de carácter general concebidas como anteproyectos de Ley.

III

Marco normativo y competencial.- De manera previa al examen del contenido del anteproyecto, se hace preciso exponer en la presente consideración las líneas generales del marco normativo y competencial en el que se insertará la futura norma, para lo que habrá de tomarse como punto de partida lo manifestado al respecto por este Consejo en su dictamen 93/1998, de 10 de diciembre, en relación al anteproyecto de Ley del Menor de Castilla-La Mancha.

La habilitación de la Comunidad Autónoma para dictar una norma que con rango de ley regule el marco jurídico para la promoción, atención y protección del menor, reside en el artículo 31.1.31ª del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha que establece que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tiene competencia exclusiva en materia de *“Protección y tutela de menores”*, asignando además el epígrafe 20ª del mismo apartado competencia exclusiva a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en materia de *“Asistencia social y servicios sociales”*, y de *“Promoción y ayuda”* a determinados colectivos, entre los que se encuentran los *“menores y jóvenes”*, incluyendo la *“creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación”*. Para los preceptos que se refieren a la protección del nasciturus, sin perjuicio de lo que se dirá en la consideración IV respecto a la definición del ámbito de aplicación de la ley, existe habilitación competencial en el artículo 32.3 del Estatuto, que otorga a la Comunidad Autónoma competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de *“prevención y restauración de la salud”*.

A estos títulos competenciales sustantivos deben adicionarse otros que entran en juego con la iniciativa legislativa planteada en la que se prevén un amplio abanico de medidas protectoras del menor de edad frente a factores de riesgo de distinta procedencia y se diseña la organización administrativa precisa para desarrollarlas. De este modo, pueden citarse las competencias exclusivas que el artículo 31.1.1ª del Estatuto de Autonomía atribuye a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en *“Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno”*, las del epígrafe 17ª en el *“Fomento de la cultura y la investigación”*, las del epígrafe 19ª en relación con la *“Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio”*, las del epígrafe 23ª del mismo apartado

sobre “*Espectáculos Públicos*”, las del 28ª en relación al “*Procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia*” y las del 29ª referentes a “*Publicidad, sin perjuicio de las normas dictadas por el Estado para sectores y medios específicos, de acuerdo con los números 1, 6 y 8 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución Española*”.

Por lo que al Estado se refiere hay que tener en cuenta, en primer lugar, que le corresponde la regulación del contenido esencial de los derechos fundamentales mediante Ley Orgánica (artículo 81.1 de la Constitución, si bien este precepto no es en sí mismo atributivo de competencias); en segundo término, el artículo 149.1 de la Constitución Española contiene diversos títulos competenciales en su favor relacionados con la protección del menor: el apartado 8 que atribuye al Estado competencias exclusivas sobre legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y el desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y en todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial. El apartado 1 del citado artículo que, igualmente, asigna al Estado competencias exclusivas sobre “*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*”. El apartado 2 que asigna competencias al Estado en materia de “*Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*”. El apartado 5 sobre “*Administración de Justicia*”, el 6 sobre “*Legislación mercantil, penal y penitenciaria*” y “*legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*”, y el 17 sobre “*legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social*”.

El referente normativo en la materia viene presidido por lo previsto en el artículo 39 de la Constitución que establece como principio rector de la política social y económica el de que “*Los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia*”, asegurando especialmente “*la protección integral de los hijos*” a los que “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden [...] durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”, gozando los niños de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

En consecuencia con dicho mandato constitucional y tras la promulgación de diversas normas en materia de menores, fue aprobada la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual constituye un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a la ciudadanía en general y que fija en las necesidades de los menores el eje de sus derechos y de su protección. Esta norma enuncia el reconocimiento general de derechos de los menores contenidos en tratados internacionales de los que España forma parte, regula principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social que afecten a los menores, contemplando diversas situaciones de desprotección social del menor y tratando de agilizar y clarificar los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales que los afecten, así como introduciendo innovaciones en las instituciones del acogimiento, adopción y tutela.

Como complemento de lo anterior debe mencionarse igualmente en el ámbito estatal la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que regula la responsabilidad penal de los menores, la cual se asienta en el principio de que la responsabilidad penal de aquéllos presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a ambos.

Y no puede obviarse la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, que introdujo modificaciones en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil en ese campo.

El ordenamiento autonómico viene presidido en la materia por la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha, que establece el marco jurídico de actuación en orden a la protección, atención y promoción de los menores, garantizando el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses y su desarrollo integral en los diferentes ámbitos de convivencia mediante la ejecución de diversas medidas administrativas y judiciales. Esta norma legal será objeto de derogación con la aprobación de la iniciativa legislativa que se plantea.

El panorama se completa con la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar; la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha; el Decreto 45/2005, de 19 de abril, que regula la adopción de menores; y el

Decreto 4/2010, de 26 de enero, de protección social y jurídica de los menores en Castilla-La Mancha.

IV

Observaciones de carácter esencial al texto del anteproyecto.- Conforme al marco competencial delimitado en la consideración precedente, se analizan en la presente aquellos preceptos del articulado que merecen reparo esencial por las razones que seguidamente se exponen.

Al respecto debe señalarse que la esencialidad deriva en la práctica totalidad de los preceptos analizados de lo que se percibe como una constante en su redacción consistente en la incorrecta técnica normativa empleada, al reproducir preceptos de las leyes estatales que configuran el marco normativo en el que se ha de desenvolver el anteproyecto, ya citadas en la consideración precedente. Si bien es obvio que no todos los defectos de técnica normativa han de conllevar observaciones esenciales, en los supuestos que más adelante se detallan la esencialidad deriva de que la reproducción de la legislación estatal puede implicar problemas desde la perspectiva de la seguridad jurídica, y por tanto podría conllevar, en caso de mantenerse dichos preceptos en el texto de la ley, su posterior declaración de inconstitucionalidad por infracción de dicho principio, reconocido en el artículo 9.3 de la norma fundamental. Ello implica una posibilidad cierta e inmediata de inconstitucionalidad de origen, a la que hay que añadir (en caso de que esta no fuese apreciada o declarada) lo que más adelante se dirá respecto al riesgo de que se produzcan situaciones de evidente inconstitucionalidad sobrevenida en caso de posteriores modificaciones de la legislación estatal.

En aras a analizar los citados problemas de seguridad jurídica y, por consiguiente, de constitucionalidad, debe traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional contenida entre otras en la Sentencia 314/2005, de 21 de diciembre, con cita de la más relevante jurisprudencia anterior mantenida en Sentencias tales como la 62/1996, de 17 de octubre o 150/1998, de 2 de julio, y de la cual se hacen eco pronunciamientos más recientes como los de las Sentencias 18/2011, de 3 de marzo, 137/2012, de 19 de junio y 201/2013, de 5 de diciembre.

En concreto señala el Alto Tribunal en el referido pronunciamiento lo siguiente: “[...] *La doctrina constitucional relevante para la resolución de este segundo motivo de impugnación [...] se halla sintetizada en la STC*

162/1996, de 17 de octubre (RTC 1996,162) (F.3); síntesis que posteriormente se reproduce en la STC 150/1998, de 2 de julio (RTC 1998,150) (F.4). De acuerdo con dicha doctrina, “cierto es que este Tribunal no es Juez de la calidad técnica de las Leyes (SSTC 341/1993 [RTC 1993,341] y 164/1995 [RTC 1995,164]), pero no ha dejado de advertir sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución. Así lo hizo respecto de la reproducción por Ley de preceptos constitucionales (STC 76/1983 [RTC 1983,76], F.23), en otros casos en los que Leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (SSTC 40/1981 [RTC 1981,40] y 26/1982 [RTC 1982,2], entre otras muchas) o, incluso, cuando por Ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica. Prácticas todas ellas que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía”.

Este riesgo adquiere una especial intensidad cuando concurre el vicio de incompetencia material de la Comunidad Autónoma, “porque si la reproducción de normas estatales por Leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia (STC 35/1983 [RTC 1983,35]). En este sentido, cumple recordar lo declarado por este Tribunal en su STC 10/1982 (RTC 1982,10) (F.8) y más recientemente recogido en las SSTC 62/1991 (RTC 1991,62) [F.4, apartado b)] y 147/1993 (RTC 1993,147) (F.4) como antes citamos, la simple reproducción por la legislación autonómica además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas” (*ibidem*). Aunque también hemos precisado que “esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas... por el legislador autonómico (*leges repetitae*) no debemos extenderla a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico” (STC 47/2004, de 29 de marzo [RTC 2004,47], F.8).

Partiendo de esta doctrina jurisprudencial, el Tribunal a continuación matiza su pronunciamiento al caso distinguiendo dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas de las cuales se derivan distintas consecuencias: “[...] El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El

segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto”.

En suma, la inconstitucionalidad se producirá siempre en el caso de repetición de leyes estatales aprobadas en ámbitos de competencia exclusiva del Estado; en cambio, en el caso de las competencias compartidas según el esquema bases-desarrollo, solo podrá hablarse de dicha inconstitucionalidad en los casos en que esta técnica conlleve infracción de la seguridad jurídica. Y esta infracción se produciría, en palabras de López Guerra, “*si la norma autonómica indujera a confusión, en el sentido de postular aparentemente que las bases estatales no fueran aplicables*” (Luis López Guerra, “*La técnica legislativa ante la jurisdicción constitucional*”, en *La técnica legislativa a debate*, coords. J. M. Corona Ferrero *et alii*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 303), como podría ser el caso de reproducciones parciales, o con añadidos u omisiones. En general, como alternativa a la reproducción se ha postulado doctrinalmente la remisión (véase López Guerra, *op. cit.*, pág. 303), o la indicación expresa de que un artículo es repetición de otra ley (Piedad García-Escudero Márquez, “*Manual de técnica legislativa*”, Civitas, Madrid, 2011, p. 235), si bien esta última opción solo resulta aplicable, como más adelante se dirá, al caso de competencias compartidas.

Los reparos que a continuación se realizan a diversos preceptos del anteproyecto tienen la mayoría encaje en el segundo de los supuestos que contempla el Tribunal Constitucional (repetición de leyes estatales en materia de competencia exclusiva del Estado). En efecto, la reproducción se refiere a materias en las que la Comunidad Autónoma carece por completo de competencia, al incidir en ámbitos como el civil, penal o procesal, cuya regulación competen en exclusiva al Estado, *ex* artículo 149. 1.6ª y 8ª de la Constitución.

Cabe señalar que por lo que respecta al ámbito penal, ninguna Comunidad Autónoma posee competencias legislativas en la materia. En el ámbito procesal, también la legislación es competencia exclusiva del Estado, si bien en este caso sin perjuicio de las “*necesarias especialidades que [...] se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de*

las Comunidades Autónomas”, de acuerdo con el artículo 149.1.6ª de la Constitución, y que según el Tribunal Constitucional (por ejemplo en STC 47/2004, de 25 de marzo), requiere justificación de la directa y necesaria conexión entre dichas peculiaridades sustantivas y especialidades procesales. Por su parte, en el ámbito civil, cuyas competencias aparecen atribuidas al Estado *“sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*. La existencia de competencias autonómicas compartidas en este ámbito podría validar, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, una posible reproducción de preceptos del Código Civil por parte del legislador autonómico, pero no es este el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha que carece por completo de competencias en dicho orden civil. Cabe a estos efectos traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la reciente Sentencia 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013\81) en la que con motivo de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con diversos preceptos de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de las uniones de hecho de la Comunidad de Madrid, se afirma lo siguiente: “[...] *El problema constitucional que la regulación descrita plantea es que -como no podía ser de otro modo, atendiendo a la finalidad que persigue- dicho efecto se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil. El aludido carácter civil de la regulación que examinamos se ratifica si se tienen en cuenta que determinadas previsiones de este precepto no son sino trasunto de reglas equivalentes contenidas en el Código Civil. [...] Las consecuencias del examen de esta regulación desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias son claras, pues ya tenemos declarado que las regulaciones relativas a las relaciones interprivatos constituyen reglas de Derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil (STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 5), relaciones interprivatos en las que, indudablemente se integran los pactos de contenido económico y patrimonial a los que se refieren estos preceptos. En dicha materia el Estado ostenta, conforme al primer inciso del art. 149.1.8 CE, la competencia exclusiva sobre “legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*. Esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, no concurre en el caso de la Comunidad de Madrid, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito. [...] Por tanto, como quiera que la Comunidad de Madrid no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial, la regulación del art. 4 de la Ley 11/2001 se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo”.

No obstante lo anterior, se efectúan también algunos reparos a determinados preceptos cuyo contenido es de proclamación constitucional; o que teniendo cabida en la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de “*protección y ayuda a los menores*” (artículo 31.1.20^a del Estatuto de Autonomía), o en la de “*Protección y tutela de menores*” (artículo 31.1.31^a), contravienen en algunos de sus extremos a la legislación estatal; y a algunos otros de índole procedimental que encontrando también encaje en la competencia de la Comunidad Autónoma para regular el “*procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia*” (artículo 31.1. 28^a del Estatuto de Autonomía), no resultan plenamente respetuosos con la normativa estatal reguladora del procedimiento administrativo común contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Procede concluir estas líneas introductorias a la presente consideración añadiendo que los riesgos advertidos en dichos pronunciamientos constitucionales derivados del empleo de las *leges repetitae*, podrían incrementarse respecto de la norma que se examina si como ha anunciado el Gobierno de la Nación se aprobase finalmente el futuro anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, que hasta donde ha podido conocer este Consejo contendrá, entre otras, previsiones que modificarán la legislación civil, penal y procesal aplicable a la materia. Es previsible, por tanto, que el marco normativo en el que se incardina la norma autonómica que se examina experimente variaciones notablemente significativas, por lo que este Consejo no puede dejar de advertir que los problemas apuntados podrían ser incluso más graves en el futuro, ya que además de los problemas de seguridad jurídica y constitucionalidad en que podrían incurrir algunos preceptos en los casos ya apuntados, podrían darse en un futuro próximo supuestos, incluso dentro de materias en las que tenga competencias la Comunidad Autónoma, de clara inconstitucionalidad sobrevenida de aprobarse la ley autonómica con anterioridad a la estatal y modificar ésta los preceptos que son objeto de reproducción.

De acuerdo con la citada doctrina del Tribunal Constitucional y atendiendo a los límites de la potestad legislativa autonómica en la materia conformados por el marco competencial descrito en la consideración precedente, es preciso formular a continuación las siguientes observaciones que se estructuran siguiendo el orden de los Títulos que conforman el anteproyecto.

- **Título I. “Derechos y deberes de los menores”.**- Este Consejo expresó en su dictamen 93/1998, de 10 de diciembre, en cuanto a la

regulación de derechos y deberes del menor, que “la Comunidad no debe reproducir derechos ya reconocidos por la Constitución, aun cuando queden referidos al menor, ni definir el contenido esencial de los incluidos en la Sección Primera, Capítulo II de su Título Primero como derechos fundamentales y libertades públicas, por cuanto, como se ha dicho, esta tarea está encomendada por el artículo 81.1 del texto constitucional a las Leyes Orgánicas, instrumento normativo que sólo tiene el Estado. Asimismo y por la reserva de Ley Orgánica, la Comunidad no puede entrar a regular materias que hayan sido reguladas por una ley de este carácter, como son las señaladas en la Ley Orgánica 1/1996 ya citada. [] En definitiva en esta materia, la potestad normativa ha de quedar reducida al establecimiento de las actuaciones administrativas encaminadas a hacer efectivos los derechos reconocidos al menor en la Constitución, los Tratados Internacionales suscritos por el Estado español en la materia, y otras Leyes Orgánicas, si bien, siempre que tenga la competencia plena para la regulación de un determinado sector sobre el que la Constitución no haya otorgado un derecho fundamental, sí puede procederse a este reconocimiento, como es el caso del medio ambiente o de la salud”.

No desconoce este órgano consultivo la evolución posterior de la jurisprudencia constitucional en la materia, que en ciertos casos da entrada a la posibilidad de una normativa autonómica en materia de derechos, tanto en el plano estatutario como en el legislativo. A estos efectos es muy importante destacar que el Tribunal Constitucional en algunos de sus pronunciamientos ha validado, aun con límites y con reproches de incorrecta técnica jurídica, la reproducción de preceptos constitucionales en Estatutos de Autonomía. Así lo ha expresado en la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre (RTC 2007\247), dictada en relación con la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en la que afirmaba que “teniendo los derechos constitucionales la condición de tales como consecuencia de su consagración en la Constitución, es claro que los mismos no pueden ser objeto de regulación por los Estatutos de Autonomía. [] Sin embargo, si el legislador estatutario, simplemente, reprodujera los derechos constitucionales (aunque como ha señalado este Tribunal en reiteradas ocasiones, no es técnicamente correcto transcribir en las Leyes los preceptos constitucionales: STC 76/1983, de 5 de agosto [RTC 1983,76], F.23; en igual sentido, STC 118/1996, de 27 de junio [RTC 1996,118], F.12, entre otras) lo relevante desde la perspectiva de su constitucionalidad será el alcance de dicha reproducción. En tal sentido, si el legislador estatutario va más allá de la mera reproducción e incide en los derechos fundamentales, tales previsiones, que tendrán la eficacia señalada en el párrafo c) anterior, sólo serán legítimas si, además, guardan relación con alguna de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, incurriendo en inconstitucionalidad en caso contrario”.

La citada sentencia hace también referencia a la posibilidad de que normas autonómicas con rango de ley intervengan en el desarrollo de los derechos constitucionales, si bien poniendo límites y requisitos a esta posibilidad: *“La interpretación del art. 53 de la Constitución en el marco general de ésta obliga a entender, en consecuencia, que, si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución requiere siempre una norma de rango legal, esta norma sólo ha de emanar precisamente de las Cortes Generales cuando afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Cuando la norma legal, aunque con incidencia sobre el ejercicio de derechos, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio, puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos les atribuyan competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente, en uno u otro grado, una regulación del ejercicio de derechos constitucionalmente garantizados”* (STC 37/1981, FJ 2). En fin, dicha decisión, cuya jurisprudencia se ha mantenido en otras posteriores, se refiere también a la posibilidad de que la legislación autonómica pueda proceder a la interpretación de preceptos constitucionales: *“dos criterios pueden extraerse de la doctrina contenida en la STC 76/1983 y complementarias aludidas. El primero consiste en señalar que lo que le está vedado al legislador, estatal o autonómico, es la interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución. Y el segundo, consecuencia del anterior, se traduce en que los poderes legislativos constituidos, estatal o autonómico, ejercerán su función legislativa de modo legítimo cuando, partiendo de una interpretación de la Constitución, sus normas se dirijan a su ámbito competencial, ejerciendo las competencias propias, siempre que, al hacerlo, no pretendan imponer a todos los poderes públicos, como única, una determinada opción interpretativa del precepto constitucional [...]”* (STC 247/2007, de 12 de diciembre, f. j. 8).

En suma, la mera repetición de preceptos constitucionales (y en particular, de derechos fundamentales) es una técnica admisible, pero desaconsejable desde la perspectiva técnica. Pero además, la misma se vuelve inconstitucional siempre que no sea una estricta reiteración, implicando cualquier añadido, u cuando tenga cualquier tipo de incidencia en una regulación que corresponde exclusivamente a la norma fundamental. Por su parte, en lo relativo al desarrollo de los derechos constitucionales (o de los principios rectores del capítulo III del título I de la Constitución), la legislación autonómica puede intervenir siempre que no afecte a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes, ya que esta es una competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.1^a.

Como consecuencia de lo anterior, en el supuesto que se examina es legítimo que el anteproyecto de ley autonómica contenga un título dedicado a los derechos y deberes de los menores, pero hay que atender a la regulación contenida en cada uno de sus preceptos. Así, por un lado, es inadecuada la reproducción, en los preceptos que a continuación se detallan, del reconocimiento de derechos fundamentales de rango constitucional, cuya proclamación corresponde al poder constituyente, y su desarrollo y regulación, al menos en sus aspectos esenciales en los términos ya explicados, únicamente compete al legislador estatal orgánico en virtud de lo previsto en el artículo 81.1 de la Constitución, por lo cual merecen un reparo esencial. Tal es el caso del **artículo 7.1** que “*de acuerdo con la Constitución Española*” reconoce el derecho a la vida y la integridad física de los menores, dado que dicho reconocimiento solo puede ser obra del propio poder constituyente; y del **artículo 14**, dado que reconoce el derecho del menor a la “*formación educativa*”, y que es una reiteración parcial del artículo 27 de la Constitución, al cual sin embargo se añaden otras consideraciones. En estos casos, y dada la oportuna referencia general al marco constitucional y legal contenida en el artículo 6, se aconseja suprimir las reproducciones, que a veces son parciales, pues pueden implicar diferencias o conllevar un cierto desarrollo que no corresponde llevar a cabo al legislador autonómico. Si por el contexto se considera necesario, bastaría una mención del derecho y del precepto constitucional que lo contiene, ya que no debe ser la ley autonómica la que “*reconozca*” el derecho.

Como ya se anticipó, la mayoría de los preceptos que son objeto de esta consideración esencial contienen reproducciones de leyes estatales en ámbitos de competencia exclusiva del Estado. Por ello, una vez fundamentados los motivos de la esencialidad, se procederá a una referencia breve a cada uno de ellos, señalando cuál es el precepto que reproducen. En cuanto al **Capítulo I, “Derechos de los menores”**, ha de estimarse contrario al orden de distribución de competencias el **artículo 8.2** que define el concepto de “*intromisión ilegítima*” en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, aspecto que viene definido en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996; el **artículo 9.1** en cuanto prevé que los padres, tutores o guardadores velen porque la información a la que accedan los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales, extremo recogido en el artículo 5.3 de la citada Ley Orgánica; el **artículo 10.2** que señala límites al derecho de libertad de expresión y define el contenido del mismo, innovando el contenido del artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1996; el **artículo 11.1** que reconoce el derecho del menor a la participación en los diferentes ámbitos, previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica; y el **artículo 19** que reconoce el

derecho de los niños y adolescentes a vivir con sus padres, aspecto que se recoge en el artículo 154 del Código Civil como deber derivado de la patria potestad.

- **Título II. “Situación de riesgo, desamparo, conducta inadaptada y las medidas de protección”.** En el **Capítulo IV, “Declaración de desamparo”**, el **artículo 37.1** define la situación de desamparo transcribiendo la definición recogida en el artículo 172.1 del Código Civil.

En el **Capítulo V, “Tutela”**, el **artículo 40.2** prevé que la asunción de la tutela lleve consigo la supresión de la patria potestad o la tutela ordinaria, declarando que serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él, regulación esta de carácter civil prevista en el artículo 172.1 del Código Civil; el **artículo 41.1** enumera las causas en que podrá cesar la tutela derivada de una situación de desamparo, materia civil sobre la que la Comunidad Autónoma no tiene competencia.

En el **Capítulo VI, “Guarda”**, el **artículo 43** enumera los supuestos en los que la Administración asumirá la guarda de un menor, materia regulada en el artículo 172.1 y 2 del Código Civil. El **artículo 45** se refiere al ejercicio de la guarda, señalando en el apartado 1 que se realizará mediante acogimiento familiar o residencial, norma establecida en el artículo 172.3 del Código Civil. Por su parte, el apartado 2 deja abierto de modo inespecífico otras modalidades de ejercicio de la guarda al afirmar que *“Excepcionalmente y cuando lo aconsejen las circunstancias del caso, podrá optarse por modalidades de atención alternativas que se estimen más aptas para responder a las necesidades del menor de edad, siempre que las mismas redunden en interés del menor”*. Sin perjuicio de la imprecisión del precepto que provoca gran inseguridad jurídica, debe reiterarse que la Comunidad Autónoma carece de competencias para regular las modalidades del ejercicio de la guarda, debiendo estar en ese aspecto a lo previsto en el Código Civil.

- **Título III. “Procedimiento para el ejercicio de la acción de protección”.** En el **Capítulo I, “Procedimiento de declaración de situación de riesgo”**, el **artículo 50.2** prevé que en el procedimiento de declaración de la situación de riesgo han de ser oídos los padres, tutores o guardadores del menor, determinando que se entenderá cumplido dicho trámite *“cuando los interesados no hayan podido ser localizados”*. Esta previsión contraviene lo dispuesto con carácter básico en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que prevé

en los supuestos de que aun intentada la notificación no se haya podido practicar, la obligación de proceder a la publicación de anuncios en los tabloneros de edictos municipales y en el periódico oficial correspondiente.

Idéntica observación cabe realizar en relación al **Capítulo II, “Procedimiento para la declaración de desamparo y asunción de tutela”**, en cuyo **artículo 57.4** se regula el trámite de audiencia en tal procedimiento en similares términos.

En el **artículo 60.2** se transcribe la posibilidad de recurso ante la jurisdicción civil contra los acuerdos declarativos del desamparo y la asunción de tutela, regulación prevista en el artículo 172.6 del Código Civil. Una norma similar se plasma en el **artículo 63.3** en relación al acuerdo de cese de la tutela, regulación para la que la Comunidad Autónoma carece de competencia.

El **Capítulo III, “Procedimiento para la asunción de la guarda”**, prevé en el **artículo 66.1** -reiterando lo expresado en el artículo 45- las modalidades de ejercicio de la guarda, las cuales vienen previstas en el artículo 172.3 del Código Civil. El **artículo 67** introduce un supuesto novedoso de guarda asumida por razones de urgencia cuando exista peligro grave e inminente para la integridad física y emocional de un menor, sin que sea precisa resolución administrativa o judicial previa declarando la misma. La materia civil de esta regulación excede de la competencia de la Comunidad Autónoma que habrá de estar a los supuestos determinados por el Código Civil en el artículo 172.2.

- **Título IV. “Acogimiento”. Capítulo I. “Acogimiento familiar”**.- En este Capítulo merecen un juicio desfavorable por hacer objeto de regulación materias que sólo al Estado le corresponde establecer en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de legislación civil, el **artículo 73**, en cuanto supone una reproducción parcial del concepto de acogimiento regulado en el artículo 173.1 del Código Civil; el **artículo 74.2** que al determinar quienes pueden ejercer el acogimiento familiar reproduce el 173.1, segundo inciso del Código Civil; y el **artículo 75** que bajo la titulación “*Duración*”, hace referencia a las modalidades de acogimiento residencial contenidas en el artículo 173.bis del Código Civil, obviándose además la denominada “*acogimiento familiar preadoptivo*” regulada en este mismo precepto.

- **Título V. “Adopción”. Capítulo I. “Disposiciones generales”**.- La adecuación de la regulación contenida en este Capítulo a la legislación civil dictada por el Estado en la materia, hace necesaria la supresión

del **artículo 87** que se limita a definir la adopción, institución esta cuyo concepto se delimita por los artículos 175, 176 y 178 del Código Civil; y del **artículo 91.1** por cuanto tampoco compete a la Comunidad Autónoma establecer el sistema de fuentes por las que se rige esta institución al que hace referencia dicho precepto.

Asimismo carece la Comunidad Autónoma de competencia para regular en el **artículo 97.4**, aun con referencia a la legislación internacional o nacional que lo ampara, el derecho que se reconoce a las personas adoptadas para conocer los datos sobre sus orígenes biológicos en el artículo 180.5 del Código Civil. La regulación autonómica en este aspecto debería ceñirse, de conformidad con este último precepto, a regular las condiciones para que la Administración a través de sus servicios especializados preste *“el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho”*, previsión ésta a la que responde la regulación que contempla el apartado 5 del mismo precepto del anteproyecto.

Cabe advertir por lo que respecta al **artículo 97.6** que los términos empleados en su redacción para referirse al acceso efectivo a la citada información por parte de los menores de edad, según los cuales *“[...] quedará condicionado a la adecuación del momento evolutivo en el que se encuentre la persona menor de edad y a que tenga suficiente juicio y capacidad para comprender”*, hacen que a dicho acceso se le impongan unas condiciones más restrictivas que las previstas en el Código Civil, por cuanto éste dispone como único requisito para que el menor pueda acceder a su información biológica que lo haga representado por sus padres. Debería en consecuencia reconsiderarse la redacción dada al precepto, pues sí estaría al alcance del legislador autonómico señalar, por ejemplo, que para hacer efectivo el acceso a dicha información *“se tendrán en cuenta”* las circunstancias que se señalan respecto del menor.

- **Título VI. “Ejecución de medidas socioeducativas y judiciales”.**
Capítulo I. “Disposiciones generales”, Capítulo III. “Medidas en medio abierto”, Capítulo IV. “Medidas en centros” y Capítulo V. “Seguimiento, modificación y cese de las medidas”.- Contiene este Título diversas medidas que inciden en el ámbito penal delimitado en lo que concierne a los menores por la Ley Orgánica 2/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, debiendo advertirse al respecto como ya hiciera este Consejo en su dictamen 93/1998, que *“la potestad normativa autonómica es amplia en cuanto se refiera a prever instrumentos de prevención de comportamientos antisociales de los menores”*, si bien *“una vez detectados y sancionados penalmente, debe limitarse a regular la colaboración que esta normativa penal precise de las entidades administrativas”*.

En cuanto al primero de los Capítulos citados se advierte que el **artículo 103.1** en su último inciso no resulta ajustado a lo dispuesto en el artículo 45.2 de la referida Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Así en este último precepto dispone el legislador estatal que la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes *“corresponderá a las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia”*, sin perjuicio de los posibles convenios o acuerdos de colaboración que se establezcan con otras entidades públicas dependientes de otras Administraciones o privadas para la ejecución de dichas medidas, contemplados en el apartado 3 del mismo artículo.

El precepto autonómico analizado, en cuanto atribuye la ejecución de dichas medidas a la Comunidad Autónoma aun cuando las mismas hubieran sido dictadas *“por jueces de menores de otras Comunidades Autónomas sobre menores con residencia en Castilla-La Mancha”*, contraviene lo dispuesto en la norma estatal pues ésta únicamente admite que la determinación de las entidades públicas competentes para la ejecución de las medidas que se apliquen se haga teniendo en cuenta el domicilio del menor, *“en los casos en los que los delitos atribuidos al menor expedientado hubieran sido cometidos en diferentes territorios”*, según previene el artículo 20.3 de dicha Ley Orgánica.

Debiera, en consecuencia, eliminarse este último inciso y dejar circunscrita la regulación del precepto autonómico a la determinación de los órganos administrativos a los que corresponde la ejecución de las medidas en él contempladas.

En cuanto al **Capítulo III**, define el anteproyecto en el **artículo 109** el concepto de *“medidas en medio abierto”*. Aun cuando esta definición no aparece recogida en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, el alcance de la misma cabe inferirlo, por contraposición a las que no suponen internamiento del menor, del elenco de definiciones que recoge el artículo 7 de dicha Ley Orgánica respecto de las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores y que aparecen ordenadas según la restricción de derechos que suponen. Parece, por tanto, que tratándose de una materia que cabe encuadrarla en el orden penal y procesal, y no habiéndose justificado que derive de las especialidades de Derecho sustantivo autonómico, es el legislador estatal, aun cuando no lo haya hecho de forma expresa, quien ostenta competencias para definir lo que se haya de entender por tales medidas.

Por lo que se refiere al **Capítulo IV**, cabe remitirse en cuanto al **artículo 112**, en su último inciso, a la misma observación ya efectuada respecto del artículo 103, si bien en este caso la competencia se refiere a la ejecución de medidas en centros.

Dentro de este mismo Capítulo se considera que debería ser objeto de supresión el **artículo 114**, regulador de los distintos regímenes de internamiento, por reproducir lo previsto al respecto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que define las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores así como las reglas de determinación de las mismas. Procede además añadir, respecto del derecho de la menor internada que contempla el **apartado 7** de este mismo artículo, para tener en su compañía a sus hijos menores de tres años, que la regulación del anteproyecto debería circunscribirse a los aspectos competenciales y organizativos para hacer efectivo dicho derecho en el ámbito territorial autonómico, sin definir ni configurar los requisitos para su ejercicio contemplados en el artículo 56.2 letra n) de la referida Ley Orgánica, así como en el artículo 34 del reglamento que desarrolla la misma aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.

Finalmente, en el **Capítulo V**, el contenido del **artículo 115.3** debería completarse señalando que la información sobre el cumplimiento de la medida deberá ser también proporcionada al Juez de Menores por exigirlo así el artículo 49 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Asimismo la redacción del **artículo 116** incide en un exceso competencial al regular la facultad del Juez de Menores para modificar y dejar sin efecto las medidas a aplicar, la cual ya está prevista en el artículo 13 de la misma Ley Orgánica.

- **Título IX. “Régimen sancionador”**.- La esencialidad de los reparos que seguidamente se efectúan a diversos preceptos de este título no derivan de la reproducción de leyes estatales, sino de la posible vulneración al principio de tipicidad que ha de regir la potestad sancionadora de la Administración, así como de la incorrecta reproducción de la normativa básica referida concretamente a la reincidencia.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional el principio de tipicidad en materia sancionadora constituye una importante especificación con respecto a las figuras de la “*infracción*” y la “*sanción*”, del principio de legalidad y postula con carácter de exigencia absoluta, la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, “*de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y*

el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa” (Sentencias del Tribunal Constitucional 116/1993 y 120/1996, de 8 de julio, entre otras). Tal exigencia de tipicidad proviene del principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, que ha de entenderse, como ha señalado igualmente el Alto Tribunal “*como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, “procurando la claridad y no la confusión normativa” (STC 46/1990, de 15 de marzo) y como “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho” (STC 36/1991, de 14 de febrero)*” (Sentencia 96/2002, de 25 de abril).

Desde este planteamiento resultan claramente indeterminadas las infracciones previstas en el **artículo 132.e)** que califica como leves “*Todas aquellas acciones u omisiones que supongan una lesión leve de los derechos de los menores reconocidos en la presente Ley*”, y en el **artículo 133.o)** a cuyo tenor constituyen infracciones graves “*Todas aquellas acciones u omisiones que supongan una lesión o desconocimiento grave de los derechos de los menores reconocidos en la presente Ley*”.

Por lo que respecta a la reincidencia la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la define en su artículo 131.3.c) como la “*comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así se haya declarado por resolución firme*”. El anteproyecto, a diferencia de la definición de la citada norma básica estatal, permite en su **artículo 135** apreciar la reincidencia ante la comisión de una sola infracción en el plazo de un año.

Procede, en consecuencia, modificar la regulación proyectada en el artículo 135 al objeto de adecuarla a la normativa básica estatal, debiendo sugerirse desde un punto de vista de estricta técnica normativa, la inclusión de una referencia al artículo objeto de estudio y a los que se aludirá en la consideración siguiente, en una disposición final del anteproyecto que tenga por objeto delimitar los preceptos que constituyen reproducción de la citada norma básica estatal, cuestión esta que será objeto de ulterior desarrollo en la consideración VI del dictamen.

V

Observaciones no esenciales.- Procede seguidamente efectuar otras observaciones, desprovistas de carácter esencial, atinentes a cuestiones de orden conceptual, de sistemática o simples extremos de redac-

ción suscitados por el texto del anteproyecto, cuya atención redundaría en la calidad técnica de la futura Ley.

Empleo de conceptos jurídicos indeterminados y expresiones imprecisas o ambiguas.- En varias ocasiones a lo largo del articulado se ha detectado la utilización por el autor de la norma de conceptos jurídicos indeterminados, así como de expresiones demasiado imprecisas o ambiguas que, en la medida de lo posible, deberían ser eludidos a fin de evitar la imprecisión que introducen en la regulación, o bien perfilados con mayor precisión.

Tal es el caso de los artículos 13.4.a) y 14.6.a) relativos a “*casos más graves*”; artículo 24.4 que cita a los padres “*o quienes vayan a serlo*”; artículo 30.c) último inciso, al condicionar la obligación de evitar la separación de los grupos de hermanos “*en lo posible*”; artículo 34.1 al aludir a “*cualquier circunstancia grave*”; artículo 37.2 epígrafe b) que menciona el “*maltrato prenatal*”, epígrafe e), relativo a alcoholismo o drogadicción “*habituales*”, y epígrafe i), “*grave*” obstrucción y “*reiterada*” falta de colaboración; y el artículo 51.2, informar “*periódicamente*”.

Exposición de Motivos.- Aun cuando en líneas generales el contenido de la parte expositiva se adapta a lo previsto en el apartado I.c).12 de las Directrices de técnica normativa aprobadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, cuya aplicación es admitida en la Administración de Junta de Comunidades, se estima que debería completarse incluyendo sus antecedentes más destacables.

En su **apartado III** alude como razón última que induce a la necesidad de aprobar una nueva regulación la obsolescencia de las previsiones de la actual Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha, si bien esta norma autonómica se halla inserta en un marco jurídico estatal que aún no ha sido modificado. Deberían, por ello, explicarse las razones que fundan la obsolescencia aducida.

En dicho apartado III se enumeran los objetivos perseguidos por la norma, señalando en el punto 2º) el de “*Definir los derechos y deberes de los menores que se encuentren o residan en Castilla-La Mancha*”. Como se ha expresado en la consideración precedente, tal definición no constituye una materia propia de la ley autonómica, por lo que se sugiere la eliminación de dicha referencia.

En el **apartado IV** expresivo del contenido de la norma se ha omitido la mención al Título Preliminar relativo a “*Disposiciones generales*”.

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.- Define el precepto el ámbito de aplicación de la norma diferenciando en la vida del menor las etapas de infancia -periodo comprendido entre el nacimiento y la edad de trece años inclusive-, y adolescencia -periodo existente entre los catorce años y la mayoría de edad-. Sin perjuicio de ello, en varios preceptos -artículos 13.1, 24.4 y 37.2.b)- se contemplan alusiones directas o indirectas al nasciturus. En aras a la coherencia de la norma se sugiere que, bien se redefina el ámbito de aplicación de la misma a fin de posibilitar su inclusión en el mismo, o bien, en caso contrario, se revisen los mencionados preceptos evitando tales alusiones.

El **apartado 2** define la minoría de edad “a los efectos de la presente ley”, si bien remite a lo previsto en el Código Civil y en el artículo 12 de la Constitución. Dado que se mantiene -como no podría ser de otro modo- el régimen general, carece de sentido el inciso señalado. La alusión a la minoría de edad penal debería referenciarse a lo previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que regula la responsabilidad penal de los menores y alude a tal aspecto en sus artículos 1 y 3.

Artículo 2. Principios rectores de la actuación administrativa, y artículo 3. Criterios generales de actuación administrativa, corresponsabilidad y colaboración.- En ambos apartados deberían concretarse los principios y criterios diferenciando nítidamente unos de otros. Se sugiere, además, que a la luz de los mismos se revisen los plasmados específicamente en relación a determinadas actuaciones, los cuales en algunos supuestos se solapan con los previstos en estos preceptos (tal es el caso de los artículos 28, 30, 48, 90, 104 y 107).

Artículo 13. Derecho a la protección de la salud.- En relación a la previsión recogida en el **apartado 1**, relativa a la garantía de la asistencia sanitaria y la protección a la salud del nasciturus, es preciso reiterar lo manifestado respecto al artículo 1 sobre su concordancia con el ámbito de aplicación de la norma.

El **apartado 4** recoge la obligación de los servicios y centros sanitarios de informar por escrito de todas aquellas circunstancias que ayuden a garantizar la calidad y eficacia de las intervenciones que sean necesarias. La precisión de la norma exigiría que se incluyera el destinatario de dicha información.

Artículo 14. Derecho a la educación.- En el **apartado 4** la alusión a la “*Administración competente en materia de protección de menores*” recogida en el segundo inciso se considera errónea, debiendo circunscribirse a la “*Consejería*” competente en ese ámbito.

Artículo 21. Deberes relativos a las obligaciones familiares de los menores.- El apartado 1 establece que los niños y adolescentes deberán cumplir las obligaciones familiares que establece la legislación estatal en materia de relaciones familiares. La obviedad de su contenido aconseja su supresión.

Artículo 22. Deberes de ciudadanía de los menores.- El término “*básicos*” que figura al inicio del apartado 2 sería conveniente que fuera sustituido por un sinónimo, a fin de evitar cualquier vinculación confusa del mismo con la legislación básica.

En el apartado 4 se recoge que los menores “*no deberán mantener operativos teléfonos móviles ni otros dispositivos de comunicación en los centros escolares, salvo en los casos previstos expresamente en el proyecto educativo del centro o en situaciones excepcionales, debidamente acreditadas*”. Aun cuando, salvo por criterios competenciales, no hay materia alguna vedada a la regulación por una ley, se estima que esta regulación sería más propia de normas de rango inferior, como podrían ser incluso las normas de régimen interno de los centros. Se sugiere, por ello, que sea replanteada su inclusión en la norma legal.

Artículo 23. Protección del menor frente a determinadas actividades, medios y productos.- El contenido del precepto no parece guardar correspondencia con el del Capítulo II en el que se inserta, relativo a “*Deberes y responsabilidades de los menores*”. Debería, por ello, buscarse una mejor ubicación para el mismo.

El apartado 1 remite al desarrollo reglamentario el establecimiento de limitaciones y actuaciones sobre la participación y el acceso de menores a determinadas actividades, medios y productos en diferentes ámbitos materiales (establecimientos y espectáculos públicos, publicaciones, medios audiovisuales, de telecomunicaciones y telemáticos, publicidad, consumo y comercio), sin perjuicio de la normativa legal existente. Tal remisión deberá quedar enmarcada, en cada caso, por la normativa sectorial existente en cada ámbito material.

El apartado 2 resulta poco concreto, por lo que para su efectividad debería ser objeto de una mayor especificación.

Artículo 24. Deberes y responsabilidades de los padres, tutores y guardadores y de los poderes públicos.- El apartado 3 es repetición de lo establecido en el artículo 3.2 del anteproyecto, donde resulta mejor ubicado. Para evitar dicha duplicidad se sugiere que en este apartado se elimine del texto.

En el **apartado 4** establece el artículo que los poderes públicos deben velar por que los padres “*o quienes vayan a serlo*” desarrollen adecuadamente sus responsabilidades. Tal alusión adolece de imprecisión, por lo que se sugiere que sea concretada. Si pretendiera hacer referencia a las mujeres embarazadas y a los padres de sus hijos o a quienes estén inmersos en un proceso de adopción, se considera necesario además reiterar la observación manifestada en relación al artículo 1 en cuanto a replantear su concordancia con el ámbito de aplicación de la norma.

Artículo 29. Objeto.- Establece el precepto que la protección de los menores en la Comunidad Autónoma se ejercerá en cada provincia por la Consejería competente a través de las Comisiones de Tutela y Guarda de Menores, señalando en artículos posteriores su composición, competencias y régimen de funcionamiento. Se considera que debería ser ya en la ley donde se procediera a la constitución de los citados órganos.

Conforme a ello se estima que debería modificarse el título del artículo el cual, por otro lado, resulta inespecífico y no representativo de su contenido.

Asimismo, la denominación de los citados órganos debe consignarse con precisión -en el título del Capítulo II se denomina a las Comisiones “*provinciales*”, si bien este término se omite en el precepto-. Esta observación se hace extensiva a todos los artículos de la norma en que se citan dichas Comisiones.

Artículo 35. Declaración de situación de riesgo.- En el **apartado 2** debería consignarse correctamente la denominación del proyecto de intervención “*familiar*”, y completarse la alusión a los “*servicios sociales*” con que culmina el apartado, los cuales parecen referirse a los dependientes de los Ayuntamientos.

Artículo 37. Concepto de situación de desamparo.- En el **apartado 2** se describen las diferentes situaciones de desamparo. El epígrafe b) contempla la “*existencia de malos tratos físicos o psíquicos*”, estimándose que debería introducirse algún tipo de graduación para diferenciarlo de la situación de riesgo que se contempla en el artículo 34.2.c).

Asimismo, se hace referencia en dicho epígrafe al “*maltrato prenatal*”, debiendo reiterar la observación efectuada al inicio sobre su imprecisión, así como la correspondiente al artículo 1 en relación a su concordancia con el ámbito de aplicación de la norma.

Artículo 41. Cese de la tutela.- En el **apartado 1.d)** se alude al acuerdo de cese de la situación de desamparo dictado por la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores, si bien el mismo no se ha reflejado en el artículo 32 al regular sus competencias.

Artículo 42. Promoción de la tutela ordinaria.- El **apartado 2** prevé que si la Administración tuviere conocimiento de la existencia de guardadores de hecho que proporcionan la necesaria asistencia moral o material a un menor de edad no emancipado que no estuviera bajo la patria potestad, lo comunicará al Ministerio Fiscal y a la Autoridad Judicial a los efectos previstos en la *“normativa básica estatal”*. Tal referencia resulta errónea en cuanto la regulación citada no se dicta en ejercicio de norma básica sino de competencia exclusiva del Estado.

Artículo 51. Proyecto de intervención familiar.- La mejor inteligibilidad de la norma haría conveniente que se introdujera una definición precisa de dicho instrumento.

Artículo 55. Medidas cautelares.- Resulta confusa por su indeterminación la alusión al *“órgano competente”* que recoge el precepto, estimando que debería concretarse el mismo atendiendo a la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores correspondiente.

Artículo 58. Finalización del procedimiento.- En el **apartado 2** convendría hacer referencia a que es la Comisión la que dicta el acuerdo.

Artículo 59. Notificación.- Dispone el **apartado 1** que el acuerdo de la Comisión que ponga fin al procedimiento para la declaración del desamparo y asunción de tutela se notificará a los padres, tutores o guardadores y al Ministerio Fiscal *“dentro del plazo y conforme a los requisitos establecidos en el artículo 172 del Código Civil, debiendo cumplirse las formalidades establecidas en el artículo 58 y siguientes de la Ley 30/1992 [...] para la comunicación de los actos administrativos”*.

La dicción empleada no resulta clara ya que el artículo 172.1 del Código Civil exige que habrá de notificarse en legal forma a los padres, tutores o guardadores en un plazo de 48 horas y siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada. Esta ha de ser la forma de notificación que se efectúe, independientemente de que en el caso de que no diera resultado se acuda a los medios previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre. Debería modificarse en tal sentido la redacción empleada, de modo que los medios de notificación previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -publicación de anuncios en tablonos de edictos y periódicos oficiales- entren en funcionamiento cuando no sea posible dar cumplimiento a los previstos en la norma estatal.

Idéntica observación ha de realizarse a la regulación prevista en el **artículo 63.2** sobre el cese de la tutela.

El **apartado 2** del artículo 59 resultaría mejor expresado si se incluyeran los destinatarios de la comunicación que prevé.

Artículo 61. Procedimiento de urgencia.- Resulta cuanto menos dudoso que pueda dictarse resolución de desamparo sin otorgar audiencia alguna.

Asimismo, prevé el precepto que una vez dictada la resolución con carácter urgente se dará cuenta a la Comisión Provincial de Tutela y Guarda de Menores para la ratificación de la resolución, tras de lo cual la sección competente en materia de menores procederá a completar el expediente conforme a los trámites del procedimiento ordinario. Debe señalarse, en primer término, que el sometimiento a la Comisión Provincial podrá llevar consigo la ratificación de la resolución o la revocación de la misma. Por otro lado, no se alcanza a comprender el sentido de que se realicen actos de instrucción una vez dictada la resolución.

Artículo 62. Ejercicio de la tutela derivada de la declaración de desamparo.- El último inciso del **apartado 2** debe redactarse correctamente, pues sólo se halla indicado.

No prevé el **apartado 3** la notificación a la eventual familia de acogida del menor, aspecto que debería quedar recogido en el texto.

Artículo 65. Guarda asumida a solicitud de los padres, tutores o guardadores.- Examinada la estructura que presenta el precepto debe señalarse que no resulta adecuado ni conforme a la lógica jurídica procedimental que se atienda primeramente al trámite de audiencia -**apartado 2-** y con posterioridad a los actos de instrucción -**apartado 3-**. Se estima por ello que debería replantearse la ubicación de ambos apartados en el precepto.

En el **apartado 4** se alude al *“informe no vinculante del instructor”*, si bien parece más adecuado que se refiriera a la *“propuesta de resolución”*.

El **apartado 6** se encuentra incompleto, debiendo culminarse su redacción.

Artículo 76. Apoyo al acogimiento familiar.- A efectos de dotar de un mayor contenido normativo a la regulación que contempla este precepto, debería precisarse en el mismo que las concretas medidas de apoyo al acogimiento familiar serán objeto de posterior regulación reglamentaria.

Artículo 77. Acogimiento familiar profesionalizado.- Existe discordancia en el calificativo empleado en el título del precepto para este acogimiento familiar y en el empleado en su redacción que alude al término “*especializado*”. Esta aparente discordancia, ya advertida por el Colegio Oficial de Trabajo Social de Castilla-La Mancha en su escrito de alegaciones, ha sido contestada desde la Dirección General que ha impulsado la elaboración del anteproyecto señalando que en tanto que el carácter “*especializado*” lo impone la intensidad de la protección que la familia de acogida ha de dispensar al menor tutelado, el carácter “*profesionalizado*” de un acogimiento deriva de las cualidades del acogedor y no del menor acogido.

Este argumento, siendo asumible, más bien demanda una clara diferenciación de ambos conceptos en la regulación del anteproyecto, proponiéndose incluir al efecto, bien en el mismo artículo en párrafo separado, o bien en otro diferenciado, lo que ha de entenderse por acogimiento familiar profesionalizado, con el consiguiente ajuste del título del precepto -que habría de aludir a ambos tipos de acogimiento, en caso de aceptarse la primera opción-.

Artículo 79. Idoneidad de los acogedores.- La referencia que se contiene en el **apartado 1** del precepto a los “*demás criterios de idoneidad que se determinen en el ordenamiento jurídico*” resulta excesivamente vaga, proponiéndose sustituirla por una alusión a los criterios de idoneidad que se determinen reglamentariamente.

Artículo 85. Organización de los centros de acogimiento residencial.- El **apartado 1** remite a una futura regulación reglamentaria el establecimiento de las diferentes categorías de los centros de protección de menores, si bien el artículo 86 ya contempla dos categorías de tales centros de acogimiento residencial, los denominados “*normalizados*” y los “*especiales*”. Debería, en consecuencia, cohonestarse la redacción del precepto objeto de estudio con la regulación contenida en el artículo siguiente.

Artículo 86. Centros especiales de acogimiento residencial.- Resulta poco clarificador el alcance de la expresión empleada en el **apartado 1 letra b)**, al aludir a “*en centros adaptados a sus necesidades*”, dado que siguiendo una interpretación literal del precepto, parece lógico colegir que si la detección de consumo de drogas por menores se lleva a cabo en centros adaptados a sus necesidades, estos ya se encuentren en centros especiales con lo cual el supuesto que se contempla no tendría cabida entre los que recoge el apartado 1.

Artículo 89. Competencias.- Se atribuye en este artículo a la Comisión Regional de Adopción la competencia para gestionar el procedimiento de adopción en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, al tiempo que se alude a su naturaleza como órgano colegiado adscrito a la Dirección General competente en materia de menores. La alusión a este órgano colegiado aparece asimismo en el artículo 88 donde se le atribuye la propuesta de adopción ante la autoridad judicial competente, y en el artículo 32 en relación a determinadas funciones que se asignan a las Comisiones Provinciales de Tutela y Guarda de Menores de elevar propuestas a la citada Comisión Regional. Siendo dicha Comisión un órgano de nueva creación, procedería incluir un artículo donde se creara expresamente la misma y se estableciesen sus notas definitorias que podría incluirse, a efectos de una mejor sistemática de la norma, en el Capítulo II del Título V referido expresamente a dicho órgano colegiado.

Asimismo y encontrándose reguladas en el artículo 99 las competencias de la citada Comisión, el contenido del artículo 89 resulta reiterativo en esta materia por cuanto recoge las previstas de modo más específico en los apartados a) y b) del primero, proponiéndose por ello una refundición del contenido de ambos preceptos.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo anterior, la competencia que se asigna a la Comisión Regional de Adopción en el artículo objeto de estudio, referida a formular “*la propuesta de adopción ante la Autoridad judicial competente*”, ya aparece recogida en el artículo 88.

En definitiva, a la vista de las observaciones que se acaban de efectuar y en aras a mejorar la sistemática del anteproyecto, ha de sugerirse la supresión del artículo 89 y la inclusión de un nuevo artículo en el Capítulo II del Título V que cree la citada Comisión Regional de Adopción y defina las notas principales que la caracterizan.

Asimismo y para mejora de la técnica normativa, las referencias que se efectúan a la citada Comisión en cualesquiera de los artículos

que precedan al de su creación, habría de contener la correspondiente remisión interna al precepto que la crea.

Artículo 95. Efectos de la declaración de idoneidad.- En el **apartado 3**, regulador del plazo en el que se producirá la caducidad de la declaración de idoneidad, no se alcanza a comprender el sentido de la expresión “*Salvo los casos previstos en el párrafo anterior [...]*”. Si con ello quiere hacerse referencia a una excepción al cómputo del plazo para declarar la caducidad de la citada declaración de idoneidad para el supuesto de revisión de la misma en caso de alteración de las circunstancias de los solicitantes, -que es el único supuesto contemplado en el apartado 2-, así se debería decir expresamente o, en su caso, sustituir la expresión anteriormente reproducida por la de “*Salvo en el caso previsto en el apartado anterior [...]*”.

Por otra parte y a fin de adecuar la regulación del plazo resolutorio del proceso de valoración de idoneidad para el caso de renovación, previsto en el **apartado 4**, a lo dispuesto al respecto por el artículo 42.3.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la expresión “*desde la solicitud de renovación*” habría de sustituirse por “*desde la presentación de la solicitud de renovación en el registro del órgano competente para su tramitación*”.

Artículo 104. Criterios específicos de la actuación administrativa.- Contiene este artículo determinados criterios que han de inspirar la actuación administrativa en lo que respecta a la ejecución de medias socioeducativas y judiciales, algunos de los cuales son reiteración en similares términos de los principios contenidos en el Título Preliminar del anteproyecto. Así el contenido en el apartado 1 sobre la prevalencia del interés superior del menor, se contempla en el artículo 2.a); y el referido a las acciones preventivas del apartado 3, se encuentra asimismo recogido en el artículo 2.c). Se propone, en consecuencia, o bien eliminar de este artículo los principios que constituyen reiteración de los proclamados con carácter general en el artículo 2 del anteproyecto, o bien concretarlos por relación al contenido del Título en el que se insertan.

Se propone asimismo la supresión, por innecesario, del primer inciso del **apartado 5**, dado que resulta en todo caso obligado, sin necesidad de que la Ley autonómica haga referencia a ello, “*el cumplimiento de los principios reconocidos en la Constitución*”.

Debe sugerirse por último la supresión del **apartado 8** que alude a los principios de coordinación, colaboración y cooperación por los que se deben regir las actuaciones de la Administración, por cuanto además

de referirse a principios -los de coordinación y colaboración- que ya están recogidos como criterios específicos de la actuación administrativa en el artículo 2.i) del anteproyecto, todos ellos se encuentran regulados con carácter de norma básica en el artículo 3, apartados 1 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Artículo 106. Colaboración.- El apartado 1 de este precepto, más que contener carácter normativo, es explicativo del contenido del Capítulo en el que se inserta referido a la colaboración de la Administración regional en las soluciones extrajudiciales. Se propone por ello o bien su supresión o bien su formulación en términos más propios de una norma jurídica, debiendo tenerse en cuenta a estos efectos que las Directrices de técnica normativa, disponen en su apartado I.f).26 que *“Los artículos no deberán contener motivaciones o explicaciones, cuyo lugar adecuado es la parte expositiva de la disposición”*.

Artículo 118. Composición.- Contempla este artículo la composición que ha de tener la Comisión Regional de Protección Jurídica del Menor que integra a representantes tanto de la Administración como de otros órdenes institucionales, señalando que habrá de contarse con la *“previa conformidad de las instituciones y organismos participantes”*.

La introducción de este requisito parece responder a la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la problemática que plantea la intervención de representantes del poder judicial en órganos administrativos, conforme a la cual debe ser el Estado, en virtud de la competencia exclusiva que ostenta en materia de *“Administración de Justicia”* (artículo 149.1.5ª de la Constitución), quien pondere qué funciones han de desempeñar los Jueces y Magistrados titulares del Poder Judicial (Sentencias 150/1998, de 2 de julio, 127/1999, de 1 de julio y 7/2012, de 18 de enero).

De acuerdo con dicha doctrina resulta acertado exigir esa previa conformidad para los miembros a los que se refieren los apartados h) e i) -representantes de la Judicatura y la Fiscalía-; sin embargo deviene innecesaria para el resto de los miembros que se relacionan, pues está al alcance del legislador autonómico determinar qué miembros, de carácter netamente administrativo, pueden formar parte del órgano colegiado de creación, en virtud de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de *“Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno”* (artículo 31.1.1ª del Estatuto de Autonomía).

Artículo 119. Funciones.- Respecto a las funciones que se atribuyen en este artículo a la Comisión Regional del Protección Jurídica del

Menor, es preciso señalar que la contemplada en el **apartado 1.b)**, relativa a la información que ha de recibir anualmente desde la Dirección General competente en materia de protección de menores, no reviste tal carácter proponiéndose por ello o bien su supresión, puesto que su contenido bien podría contemplarse en el desarrollo reglamentario de la Ley, o bien su formulación en términos distintos a los de la redacción examinada.

Artículo 122. Registro de Protección de Menores de Castilla-La Mancha.- Se regula en este artículo el carácter confidencial de dicho Registro, su finalidad y quiénes habrán de ser objeto de inscripción. Respecto a la previsión que contiene sobre su carácter ha de señalarse que su inclusión en el precepto es contradictoria con lo prevenido en el artículo 121.2 que le precede, el cual remite a un posterior desarrollo reglamentario la regulación del *“carácter, el contenido, la forma y los efectos de inscripción”*, de todos los registros que se contemplan en dicho artículo, incluido el de Protección de Menores.

Además y en coherencia con el contenido de los artículos 123 al 127 referidos a los restantes registros que se constituyen en materia de atención y promoción de los menores, entiende este Consejo que la regulación del precepto que se examina debería circunscribirse a señalar quiénes serán objeto de inscripción en el Registro de Protección de Menores.

Artículo 126. Registro de Adopciones de Castilla-La Mancha.- En el **apartado 2** de este artículo, referido a la inscripción en el Registro de Adopciones de los solicitantes de adopción regional que estén pendientes de valoración, la introducción del inciso final *“hasta que ésta se produzca”*, induce a cierta confusión pues de su literalidad podría entenderse que una vez producida la valoración de dichos solicitantes ya no resulte obligatoria su inscripción en el referido Registro, cuando la finalización de la inscripción habría de tener lugar, en pura lógica, bien cuando se consigue la adopción o bien cuando ésta se deniega. Debería reconsiderarse por ello la redacción dada a este apartado.

Artículo 131. Concurrencia de sanciones.- En relación con este artículo que está haciendo objeto de regulación el principio *“non bis in idem”* con respecto a la posible duplicidad de sanciones en el ámbito administrativo, resulta confusa y superflua la introducción del inciso *“si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes”*; dado que tratándose de posibles responsabilidades del mismo sujeto que deriven de hechos distintos a los que son

objeto de sanción, va de suyo que en tal caso no entraría en juego el mencionado principio al no concurrir uno de los tres requisitos exigidos para su aplicación consistente en la identidad de hecho.

En cualquier caso y puesto que el mencionado principio ya se encuentra recogido con carácter de legislación básica entre los que han de regir el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, en concreto, en el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se propone su supresión por innecesario. En otro caso ha de sugerirse la inclusión de una referencia al artículo objeto de estudio en una disposición del anteproyecto con indicación de que se trata de reproducción de normativa básica, por las razones que se indican en las observaciones de técnica normativa que con carácter general se efectúan en la siguiente consideración.

Artículo 132. Infracciones leves.- Sin perjuicio de lo ya señalado en la consideración precedente en relación con el reparo que merece el apartado e) de este artículo por no respetar suficientemente el principio de tipicidad en materia sancionadora, procede ahora llamar la atención acerca del empleo de ciertos conceptos jurídicos indeterminados en los **apartados a), b), c) y e)**, -“daño grave”, “perjuicios graves”, o “lesión leve”-.

Si bien, y conforme ya ha sido señalado, el empleo de dichos conceptos en la redacción de normas jurídicas no resulta recomendable por la imprecisión que introducen en la regulación, cuando de materia sancionadora se trata deben además tenerse en cuenta los problemas valorativos que para el órgano encargado de delimitar el tipo infractor aplicable puede suscitar el empleo de tales conceptos jurídicos indeterminados, técnica ésta que únicamente es permitida por la jurisprudencia constitucional cuando la concreción de tales conceptos “*sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada*” (Sentencias 69/1989, de 20 de abril, 219/1989, de 21 de diciembre y 136/1999, de 20 de julio, entre otras).

En consecuencia, y a fin de garantizar el debido respeto a las exigencias constitucionales de tipicidad y seguridad jurídica, debe sugerirse que se haga un mayor esfuerzo en la delimitación de las conductas que habrán de constituir objeto de infracción.

La observación que se acaba de efectuar ha de hacerse extensible a los conceptos “daño grave”, “perjuicios graves” y “desconocimiento grave”, a los que se alude en el **artículo 133, apartados b), c) y o)**.

Artículo 137. Sanciones administrativas.- El apartado 2 de este artículo hace referencia a una manifestación del principio de proporcionalidad de la potestad sancionadora administrativa consistente, en relación con el establecimiento de sanciones pecuniarias, en que *“la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”*, según dispone el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Siendo ello así estima este Consejo que resulta más adecuada su ubicación como otro apartado del artículo 139, regulador de los criterios que han de tenerse en cuenta en la graduación de las sanciones, que constituye una manifestación más de dicho principio de proporcionalidad.

Artículo 140. Prescripción de sanciones.- Se regula en este artículo el plazo de prescripción aplicable a las diferentes sanciones así como las reglas a tener en cuenta en el cómputo de dicho plazo. En coherencia con la regulación que en el mismo sentido se contiene en el artículo 136 pero referida en este caso a las infracciones, se propone incluir en el precepto que nos ocupa una referencia a la interrupción del plazo de prescripción.

Como alternativa y dado que ésta es una previsión que con carácter de norma básica se contempla tanto para las infracciones como para las sanciones en el artículo 132, segundo inciso de los apartados 2 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, podría suprimirse del mencionado artículo 136.

En caso de optarse por mantener la reproducción de la norma básica estatal en el anteproyecto, habría de tenerse en cuenta la sugerencia ya efectuada al artículo 131 que se explicitará en la consideración siguiente.

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 4/2005.- En esta disposición se modifica el apartado 1 del artículo 9 de la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha, sustituyendo la gratuidad en la prestación del servicio social especializado de mediación familiar que preste la Administración regional bien directamente, o bien mediante la colabo-

ración con entidades públicas o privadas, por una remisión a “*los casos en que así se establezca en la legislación vigente*”.

En aras a evitar la indeterminación que comporta la nueva redacción en cuanto a los supuestos en los que dicho servicio de mediación familiar dispensado por la Administración revestirá el carácter de gratuito, debería sustituirse la citada remisión por una alusión a los casos -si los hubiera- en los que la legislación contempla dicha gratuidad. En otro caso y para una mejor concreción del alcance de la modificación, resultaría más acertado eliminar dicha gratuidad, si esta es la intención del legislador, suprimiendo el citado apartado I en su redacción vigente.

Por otra parte, atendiendo a razones de estricta técnica normativa, y puesto que la modificación alcanza únicamente al primer apartado del artículo 9 de la citada Ley 4/2005, de 24 de mayo, el contenido de la disposición final objeto de estudio podría limitarse -siguiendo el criterio contenido en el apartado I.i) 61 de las Directrices de técnica normativa-, a reproducir dicho apartado y no los restantes del artículo que no experimentan modificación alguna.

Procede finalmente añadir que se echa en falta en esta última parte del anteproyecto, en consonancia con las múltiples remisiones que contiene en su articulado a un posterior desarrollo reglamentario, una **cláusula de habilitación reglamentaria** al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones resultaran necesarias para el desarrollo y ejecución de la Ley; cláusula que siguiendo lo señalado en el apartado I.g) 42, subapartado e) de las citadas Directrices de técnica normativa, habría de incluirse en la correspondiente disposición final y acotar “*el ámbito material, los plazos, si procede y los principios y criterios que habrá de contener el futuro desarrollo*”.

VI

Observaciones de técnica normativa y de redacción.- Con carácter general procede incidir en los siguientes aspectos:

- **Reproducción de normativa básica:** Conforme ya ha sido adelantado en la consideración IV la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado de modo reiterado que, en términos generales, es desaconsejable la reproducción en los textos normativos autonómicos de la normativa básica del Estado debido a los posibles problemas derivados de una reforma posterior de la misma. Particularmente peligrosa

y rechazable es la técnica de la reproducción parcial, que plantea problemas adicionales, pues podría interpretarse en un sentido excluyente de los incisos normativos que no se reproducen. Por todo ello, resulta habitualmente preferible la remisión a los preceptos básicos aplicables cuando la misma se considere oportuna.

No obstante lo anterior, y no resultando de plano inconstitucional la técnica de la reproducción, la misma puede, en casos particulares, resultar admisible o incluso aconsejable para facilitar a los destinatarios de la norma autonómica el entendimiento del sentido global de la misma y su integración con el conjunto de la normativa aplicable sin necesidad de acudir a reiteradas y a veces complejas remisiones que podrían dificultar dicho entendimiento.

Sugiere el Consejo en tales casos, a fin de dejar claro el sentido y alcance de la reproducción, y avanzando en la recomendación que ya sugirió en su dictamen 230/2009, de 4 de noviembre, la introducción de una disposición final en el anteproyecto que haga referencia a los artículos que reproducen la normativa básica estatal, en concreto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pudiéndose incluso completar su contenido señalando que los mismos dejarán de surtir efectos en el momento en que se produzca la revisión de la normativa básica mencionada.

Sirvan de ejemplo a nivel de derecho autonómico comparado, la disposición adicional novena de la Ley 18/1997, de 21 de noviembre, de los Colegios Profesionales del País Vasco; la disposición final primera de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, del Procedimiento Administrativo de Cataluña; o la disposición final novena 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. Y en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha cabe referirse a la disposición adicional sexta de la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha, sobre cuyo anteproyecto se emitió el dictamen anteriormente citado.

Entiende además este Consejo que la ubicación idónea de dicho contenido lo sería en una disposición final de acuerdo con lo previsto en el apartado I.g).42 de las Directrices de técnica normativa.

Esta observación afecta a los artículos 131, 136 y 140, así como al artículo 135 que ha sido objeto de reparo esencial por su desajuste

con la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, una vez adaptado su contenido a dicha ley básica.

- **Citas a artículos del Código Civil:** Sin perjuicio de las observaciones realizadas en la consideración IV sobre la reproducción en el anteproyecto de normas dictadas por el Estado en ejercicio de competencias exclusivas, debieran evitarse, hasta donde fuera imprescindible, las citas a artículos concretos del Código Civil, como las contenidas en el artículo 37.1 -al 172.1 del Código Civil-, en el artículo 41.1.h) -al 172.8-, en el artículo 44.1 -al 172.2-, en el artículo 49 -al 154 y 268-, en artículo 92 -al 176-, o en el artículo 97.4 -al 180-, entre otras, y sustituirlas por una remisión genérica a lo dispuesto por la legislación civil en cada materia objeto de regulación.

Esta sugerencia tiene por objeto garantizar la vocación de permanencia de la norma, por cuanto si finalmente el legislador estatal aprobase con posterioridad al anteproyecto de ley autonómica, la normativa que ha anunciado el Gobierno de la Nación sobre protección a la infancia con posibles modificaciones que afectarían a varios artículos del Código Civil, los artículos de la norma autonómica que contienen tales remisiones precisarían de la oportuna modificación legislativa.

- **Remisiones normativas:** Resultan erróneas las remisiones normativas internas que afectan a los siguientes artículos: el 50.1 remite al artículo 33, cuando debería remitir al 34.2; el 53.1 remite al 35, cuando debería remitir al 37.2; el 63.1 remite al 40, cuando debería remitir al 41.1; y el artículo 64 remite al 42 cuando debería remitir al 43.

Asimismo y respecto al modo de efectuar estas remisiones, y de acuerdo con el criterio contenido en el apartado I.k) 69, de las Directrices de técnica normativa, deberían evitarse, por innecesarias, el empleo de expresiones tales como *“de la presente Ley”* o *“de esta Ley”*.

- **Empleo de mayúsculas y minúsculas:** Convendría evitar la falta de uniformidad tipográfica en que se incurre con la utilización indistinta de letras mayúsculas o minúsculas al referirse a términos iguales empleados a lo largo del articulado. Así, y a título de ejemplo la expresión *“Comisiones provinciales de tutela y guarda de menores”*, con la que figura intitulado el Capítulo II del Título II, aparece con todos sus términos en mayúsculas en el artículo 29 y siguientes; la expresión *“Ordenamiento Jurídico”* que emplea el artículo 75.1, figura en minúsculas en el artículo 104.5; la expresión *“autoridad judicial”* que figura en el artículo 88, aparece con el primer término en mayúsculas en el artículo 89; y la expresión *“Comisión regional de protección jurídica del menor”* con la que aparece

intitulado el Título VII, figura con todos sus términos en mayúsculas en el título del artículo 117 y en el artículo 118, apartado 1.

Asimismo no está justificado el empleo que se hace de las mayúsculas en términos tales como “Acuerdo” que aparece en el artículo 52.1; “Colaboración”, en el título del artículo 111; o “Atención y Protección a la Infancia” que aparecen en el artículo 121.1.

- **Citas de Leyes:** Se recomienda homogeneizar la utilización de las citas que contiene el anteproyecto sugiriéndose para ello el criterio contenido en el apartado I.k) 80 de las citadas Directrices de técnica normativa, según el cual *“La primera cita, tanto en la parte expositiva como en la parte dispositiva, deberá realizarse completa y podrá abreviarse en las demás ocasiones señalando únicamente tipo, número y año, en su caso, y fecha”*. Esta observación afectaría a las múltiples citas que contiene el articulado a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en artículos tales como el 33, 52, 59, 100, o 120.

En cualquier caso y de conformidad con el apartado I.k) 74 de las mismas Directrices, la cita tanto de dicha Ley como la de las autonómicas a las que se refieren las disposiciones finales primera y segunda en sus títulos, han de figurar con su fecha completa -el año con los cuatro dígitos- y denominación.

Finalmente, a título particular se sugiere efectuar un repaso general del texto elaborado con el fin de eliminar del mismo algunas **in-correcciones de redacción** de las que, sin ánimo de exhaustividad, se ofrecen algunas muestras:

- En el apartado I de la Exposición de Motivos deben consignarse en mayúscula la primera palabra de los preceptos entrecomillados. En el apartado III, objetivo 5º) debe introducirse la preposición “de” entre “modalidades” y “especializado”. En el apartado IV deberían figurar entre comillas las denominaciones de los diferentes títulos de la norma.

- El artículo 2.a), tercer párrafo debe concluir con un punto final.

- Igual sugerencia se plantea en relación al artículo 3.1.f).

- En el artículo 14.2.c) resulta erróneo el término “éstas” que figura en la última línea.

- En el artículo 32.k) deben eliminarse las comillas y debe plasmarse un punto final.

- En el artículo 62.2, última línea debe aludirse correctamente el término “*posible*”.

- En el artículo 86.1, letra c), segunda línea, la expresión “*y en*” que precede al término “*centro*”, habría de sustituirse por “*en el*”.

- En el artículo 93, letra b), tercera línea, sobra el calificativo “*concreto*” que precede a “*peligro*”.

- En el artículo 94, letra f), falta un punto y final en la misma.

- En el artículo 97.3, falta un punto y final. Y en el apartado 4, debería eliminarse por innecesario la expresión con la que se inicia “*Sin perjuicio de lo anterior*”.

- En el artículo 112, última línea, se ha omitido el punto y final.

- En la denominación del Título VIII, ha de incluirse la preposición “*de*” precediendo al término “*atención*”.

- En el artículo 121.2, segunda línea, sobra el término “*distintos*” que precede a “*Registros*”.

- En el artículo 122, primera línea, sobra la preposición “*de*” que precede a la forma verbal “*es*”.

- En el artículo 129.2, segunda línea, se propone incluir la expresión “*materia de*”, precediendo a la de “*protección de datos de carácter personal*”.

- En el artículo 130.1, primera línea, a efectos de acotar la definición de infracciones administrativas que contiene, debería introducirse la expresión “*a la presente Ley*”, precediendo a “*las acciones u omisiones*”.

- En el artículo 133, letra m), tercera línea, debería introducirse el término “*que*” precediendo a “*contengan*”.

- En el artículo 138.4, segunda línea, debería introducirse la preposición “*en*” precediendo al término “*permitir*”.

- En el título de la disposición adicional única falta incluir el término “*la*” precediendo a “*inscripción registral*”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que tenidas en cuenta las observaciones contenidas en el presente dictamen puede V. E. elevar al Consejo de Gobierno, para su aprobación como proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, señalándose como esenciales las observaciones efectuadas en la consideración IV.

Toledo, 21 de mayo de 2014

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA¹

IMPUESTOS ESTATALES

IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

María Prado Montoya López

Exención del impuesto para sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad económica en territorio español.

Sentencia 176/2014, de 23 de Junio, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

En la sentencia objeto del presente comentario la Sala de lo Contencioso-Administrativo trata de dilucidar si resulta o no aplicable la exención del Impuesto sobre Actividades Económicas prevista en el art. 82.1.b) de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, cuando se inicia la explotación de nuevas instalaciones en términos municipales distintos de los que se venía desarrollando la misma actividad ya con anterioridad y bajo otra titularidad distinta.

Pues bien, la exención controvertida alcanza, a tenor de lo dispuesto en el precepto arriba mencionado, a aquellos “*sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad en territorio español, durante los dos primeros periodos impositivos de este impuesto en que se desarrolle aquella*”. Si bien, a continuación la norma matiza que, “*a estos efectos, no se considerará que se ha producido el inicio del ejercicio de una actividad cuando ésta se haya desarrollado anteriormente bajo otra titularidad, circunstancia que se entenderá que concurre, entre otros supuestos, en los casos de fusión, escisión o aportación de ramas de actividad*”.

Pues bien, en el supuesto sometido a decisión, la Sala se encuentra en presencia de una sociedad mercantil de existencia anterior cuyo objeto social y domicilio coincide con el de la nueva sociedad, perteneciendo su capital social en su totalidad a la primera. Asimismo, la nueva sociedad inicia su actividad una vez finalizado el ejercicio de dicha actividad económica por la sociedad de existencia anterior.

Ante ello, la Sala mantiene que la actividad que inicia la nueva sociedad, ya venía desarrollándose en territorio español por la sociedad anterior, aun cuando lo hacía bajo la titularidad de ésta última, lo que de modo evidente excluiría la aplicación de la exención, ya que, la finalidad de la norma está dirigida a incentivar a aquellos sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad económica en territorio español y, esta circunstancia no concurriría en aquellos supuestos en los que un determinado sujeto, con la finalidad de continuar desarrollando exactamente la misma actividad económica que llevaba a cabo con anterioridad, constituye una nueva sociedad, distinta formalmente, pero con plena identidad. En tales supuestos, resultaría claramente de aplicación la excepción prevista en la exención contenida en el art. 82.1.b) de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, porque resulta cuestionable que, como mantiene la Sala *“la segunda sociedad constituya, en el plano material, sujeto pasivo del impuesto distinto”*, lo que conduce a la Sala a considerar que *“la nueva sociedad constituida no inicia una actividad pues ya la desarrolló con anterioridad bajo otra titularidad”*.

Ciertamente, la Sala aprecia que el art. 82.1.b) de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales no enuncia taxativamente los supuestos en los que la aplicación de la ya referida exención resulta excepcionada, si bien, ello no obsta para que dicha situación de excepción pueda apreciarse respecto de supuestos semejantes, en los que aunque formalmente la aplicación de la exención pudiera resultar admisible, ésta deba exceptuarse por haberse desarrollado la actividad económica con anterioridad bajo diferente titularidad, circunstancia ésta cuya concurrencia se produce en el supuesto que se somete a la decisión de la Sala.

En consecuencia, la Sala concluye que no cabe aplicar la exención contenida en el art. 82.1.b) de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, respecto de aquellas sociedades constituidas con la exclusiva finalidad de continuar desarrollando idéntica actividad económica que la que ya desarrollaba en territorio español una sociedad anterior, existiendo entre ambas sociedades plena identidad, en la medida en que ambas poseen el mismo objeto social, el mismo domicilio social y, la totalidad del capital social de la de nueva creación procede íntegramente de la sociedad anterior.

IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES

María Prado Montoya López

Determinación del valor catastral de un inmueble y su posterior notificación al sujeto pasivo afectado a efectos del impuesto sobre bienes inmuebles.

Sentencia 44/2014, de 27 de Enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

En la resolución objeto del presente comentario, la Sala de lo Contencioso-Administrativo trata de dilucidar, entre otras cuestiones menores, si la determinación del valor catastral de la finca del recurrente y su posterior notificación al mismo, en su calidad de sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles se llevaron a cabo ajustándose a la legalidad vigente.

A tal fin, la Sala mantiene que, efectivamente, el valor catastral de un inmueble se ha de determinar de modo que se otorgue la debida observancia a los criterios estrictamente reglados recogidos en la Ley Reguladora de la Haciendas Locales, en las Normas Técnicas de Valoración vigentes y en la Ponencia de Valores Municipal y, no, como mantiene la recurrente, al amparo de lo preceptuado en el art. 20 de la Ley 8/2007 del Suelo, por cuanto este último precepto, referido al ámbito del régimen de valoraciones, establecía que *“las valoraciones del suelo, las instalaciones, construcciones y edificaciones, y los derechos constituidos sobre o en relación con ellos, se regirán por lo dispuesto en esta Ley cuanto tengan por objeto: a) La verificación de las operaciones de reparto de beneficios y cargas u otras precisas para la ejecución de la ordenación territorial y urbanística en las que la valoración determine el contenido patrimonial de facultades o deberes propios del derecho de propiedad, en defecto de acuerdo entre todos los sujetos afectados; b) la fijación del justiprecio en la expropiación, cualquiera que sea la finalidad de ésta y la legislación que la motive; c) la fijación del precio a pagar al propietario en la venta o sustitución forzosas; d) la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”*. A tenor de ello, la Sala mantiene que el precepto arriba referenciado no resulta en modo alguno de aplicación al supuesto sometido a decisión, por cuanto, la determinación del valor catastral de un inmueble no se encuentra entre los supuestos a los que resulta de aplicación la mencionada Ley del Suelo, sino la Ley del Catastro Inmobiliario que, en su art. 22 establece cómo ha

de determinarse el valor catastral del suelo y de las construcciones existentes en el mismo, atendiendo a la clasificación catastral de los bienes inmuebles en urbanos, rústicos y de características especiales. Por todo ello, la Sala concluye que el valor catastral cuestionado y sometido a su decisión ha sido determinado de acuerdo a la legalidad vigente.

Ahora bien, respecto de la cuestión relativa a la notificación que de dicho valor catastral ha de hacerse al sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, la Sala al amparo de lo preceptuado en el art. 70 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales diferencia dos tipos de notificaciones respecto de los valores catastrales a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. La primera de ellas es *“la relativa a los acuerdos de aprobación de las Ponencias de valores que exige el deber de publicarlas mediante edictos en el Boletín Oficial de la Provincia dentro del primer semestre del año inmediatamente anterior al que deben de surtir efectos los valores que resulten de las mismas*. Y, la segunda de ellas es *“la que se refiere a los valores catastrales derivados de aquellas Ponencias de valores que deben ser objeto de notificación individualizada a los sujetos pasivos, antes de la finalización del año inmediatamente anterior a aquel en que deben surtir efecto dichos valores”*. Ante ello, la Sala mantiene que con ambos actos de notificación, la finalidad perseguida no sólo es la puesta en conocimiento de los interesados el valor catastral determinado al amparo de la normativa vigente, sino también la de posibilitar *“la recurribilidad de ponencias y valores catastrales singularizados vía económica-administrativa”*, si bien, la naturaleza de ambas notificaciones es diferente, ya que la primera de ellas, esto es, la notificación de las Ponencias de valores, no es sino una notificación en masa mediante edictos publicados en el Boletín Oficial de la Provincia, cuyo objetivo es el de advertir a los sujetos afectados de su existencia. No obstante, la notificación del valor catastral correspondiente a cada inmueble en particular ha de llevarse a cabo de manera individualizada a cada sujeto pasivo. En consecuencia, la Sala pone de relieve la trascendencia del acto de notificación en sí mismo, ya que, de su eficacia depende la efectividad del valor catastral para el ejercicio inmediatamente posterior.

TRIBUTOS AUTONOMICOS

TASAS Y PRECIOS PUBLICOS

M^a Esther Sánchez López

La tasa por prestaciones farmacéuticas (“euro por receta”). Influencia en el ejercicio del poder tributario por la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha

Sentencias del Tribunal Constitucional 71/2014, de 6 de mayo y 85/2014, de 29 de mayo

A la hora de llevar a cabo el examen de ambos pronunciamientos del Tribunal Constitucional debemos partir del hecho de que, en palabras de dicho Tribunal, vertidas en las Sentencia 85/2014 (F.J. 2º), la tasa de la Comunidad Autónoma de Madrid tiene una “regulación sustantiva similar” a la establecida por la Generalitat de Cataluña. Esto es, prosigue el Tribunal, “la similitud entre ambas tasas, la catalana y la madrileña, resulta evidente tras constatar sus elementos esenciales” (y ello a pesar de que la tasa de la Comunidad de Madrid intentó variar su redacción con la intención de evitar las dudas de inconstitucionalidad). Del mismo modo, son también coincidentes los argumentos del Abogado del Estado en orden a sustentar la inconstitucionalidad de ambos tributos autonómicos, siendo la Sentencia mencionada prácticamente reproducción de la STC 71/2014, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad de la tasa de la Comunidad de Cataluña.

Razones por las cuales se justifica, sin perjuicio de la realización de alguna referencia a la Sentencia en que el TC se pronuncia acerca de la tasa madrileña, que basemos el presente comentario en el examen de la STC 71/2014, de 6 de mayo.

Análisis, de otro lado, que si bien es cierto que tiene por objeto el estudio de dos pronunciamientos que no se refieren a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en la que no se ha establecido la exigencia de la tasa objeto de recurso, entendemos, sin embargo, que poseen relevancia para la misma en la medida en que se refieren a cuestiones relativas a la creación y exigencia de tributos propios, tratándose en este caso de tasas autonómicas en el ámbito de la sanidad, que vuelven a poner sobre la mesa temas importantes y, en ocasiones, pendientes tanto en relación con el ejercicio del poder financiero por parte de las

Comunidades Autónomas como en lo que atañe al régimen jurídico-tributario de la tasa.

Sentado lo anterior, debe indicarse que vamos a seguir en nuestro comentario el *iter* argumental contenido en la STC 71/2014. Pronunciamiento, en efecto, en que, con carácter previo al enjuiciamiento de la constitucionalidad de la tasas objeto de recurso, se incluyen, según palabras del Alto Tribunal, una serie de “consideraciones previas sobre los límites constitucionales al establecimiento de este tipo de tributos por parte de las Comunidades Autónomas, al objeto de delimitar el canon de enjuiciamiento” (F.J. 3º), a los que nos vamos a referir a continuación, desde el entendimiento de que los mismos se erigen en *marco adecuado* de los argumentos jurídicos que, a continuación, esgrime el Tribunal Constitucional en relación con dicha tasa.

En este sentido, la STC 71/2014 dedica la totalidad del F.J. 3º a hacer hincapié en diversas cuestiones importantes en relación con el ejercicio del poder financiero por parte de las Comunidades Autónomas en materia de *tributos propios*.

Así, en primer lugar, nuestro Tribunal Constitucional recuerda que la Constitución reconoce, en los arts. 133.2 y 157.1b) CE, poder tributario a las Comunidades Autónomas, si bien “con el alcance y límites establecidos en la LOFCA”, afirmando a continuación que “en la interpretación del ámbito competencial autonómico en materia tributaria debe partirse de la premisa de que «los límites contenidos en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas reflejan que la competencia autonómica para establecer tributos *ex novo* no se configura constitucionalmente en términos absolutos, sino que se encuentra sujeta a los límites establecidos en las Leyes del Estado a que se refieren los arts. 133.2 y 157.3 CE»”. De este modo, el poder tributario de las Comunidades Autónomas puede ser delimitado por el Estado “salvaguardando en todo caso su propia existencia de manera que no se produzca un vaciamiento de la competencia”.

En segundo término, señala el Tribunal Constitucional que “[l]os límites que al poder tributario autonómico establece la LOFCA difieren, como es lógico, en función de la concreta figura tributaria o de la manifestación del poder tributario de que se trate, en coherencia con la diferente finalidad y estructura de cada una de ellas”, siendo así que las distintas figuras tributarias “implican opciones distintas de reparto de la carga tributaria”.

De este modo, dicho reparto de la carga tributaria, en el caso de las tasas, recae “entre quienes de forma inmediata se vean beneficiados por la acción de la Administración pública”. Además, y continuando con la exposición del régimen jurídico de la tasa, indica el Tribunal Constitucional que dicho tributo se basa “en el principio de equivalencia, sin perjuicio de que no puedan desconocer la capacidad económica, de manera que su hecho imponible encierra un sinalagma (...) que consiste «en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario»”. Como consecuencia de lo anterior, y tal como se indicó en la STC 296/1994, “«el hecho imponible de la tasa se vincula a una actividad o servicio de la administración pública» siendo así que en las tasas la determinación del sujeto pasivo se realiza por referencia a la actividad administrativa fijándose el importe de la cuota atendiendo, esencialmente, al coste de la actividad o servicio prestado por la Administración, con los que tiene una relación, más o menos intensa, de contraprestación”. Naturaleza sinalagmática, finalmente, que también se manifiesta en el devengo del hecho imponible, o momento en que surge la obligación de pago, de forma que éste tiene lugar en conexión con el servicio que se recibe, y su pago puede ser así simultáneo o previo a su recepción”.

En tercer lugar, y sentada la doctrina anterior, el Tribunal Constitucional realiza una afirmación que se va convertir, a nuestro juicio, en *eje y fundamento* de toda la argumentación jurídica plasmada en el pronunciamiento objeto de comentario. Se trata del hecho de que, de conformidad con doctrina consolidada de dicho Tribunal, “el establecimiento de tasas por parte de las Comunidades Autónomas está estrechamente ligado a su competencia material”, siendo así que “la tasa sigue al servicio” (sentido en que se pronuncian, entre otras, en las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 149/1991, de 4 de julio; 35/2012, de 15 de marzo; 162/2012, de 20 de diciembre).

Por consiguiente, y en directa relación con la consideración anterior, “el canon de constitucionalidad para enjuiciar si una tasa autonómica respeta o no el ámbito competencial se encuentra principalmente en el art. 7 LOFCA, en conexión con el reparto competencial de la materia sobre la que la tasa incide”, añadiéndose que “cumplida esta condición esencial, resultará entonces respetado también el límite contenido en el art. 6 LOFCA, pues el hecho imponible de las tasas se refiere precisamente a dicha competencia material, siendo así que los límites contenidos en los arts. 6.2 y 7 LOFCA son dos caras de la misma moneda”.

Sentadas, pues, las *premisas* anteriores, el Tribunal Constitucional comienza el análisis de la constitucionalidad de la tasa catalana, establecida por el art. 41 de la Ley de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del Impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos, a cuyo tenor se prevé la tasa que recae “sobre los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación”.

Tributo cuya redacción se presenta muy similar a la contenida en el art. 2.9 de la Ley de la Asamblea de Madrid 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre. Precepto que crea, dentro del Título IV, un nuevo Capítulo CVII, en cuyos arts. 530 a 535 se regula la “tasa por prestación de servicios administrativos complementarios de información, con ocasión de la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación, por los órganos competentes de la Comunidad de Madrid”.

Pues bien, tal como se ha indicado más arriba, es la *cercanía* entre ambas tasas la que posibilita que los argumentos del Tribunal Constitucional puedan ser aplicables a ambas.

A partir de aquí, el Tribunal centra todo el *eje de su argumentación*, fundamentalmente en la Sentencia 71/2014, en torno a la idea del examen del “reparto competencial de la materia sobre la que recae la tasa” (F.J. 7º), debiendo indicar, asimismo, que en la Sentencia 85/2014, también se alude someramente a esta cuestión siendo destacable, en relación con ello, que en *ambos pronunciamientos* se fundamenta la inconstitucionalidad de las tasas en el motivo de que las mismas “invaden la competencia estatal del art. 149.1.16 CE”.

Argumento en relación al cual, es interesante destacar algunas de las afirmaciones de nuestro Tribunal Constitucional. Así, en primer lugar, se indica que “el Estado tiene atribuida la competencia exclusiva tanto sobre la «sanidad exterior» como sobre las «bases y coordinación general de la sanidad», ex art. 149.1.16 CE. De este modo, y en desarrollo de este título competencial, el Estado ha dictado la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la cual incluye, en su art. 8 *ter*, una “cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud”, que contempla “todas aquellas prestaciones cuya

provisión se realiza mediante dispensación ambulatoria y están sujetas a aportación del usuario” y, en concreto, la “prestación farmacéutica”, cuyo *régimen de financiación* se contiene en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Ley, en efecto, que en su Título VII, regula el régimen de financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios, que se rige por el “principio de igualdad territorial y procedimiento coordinado”, a que se refiere el art. 88.1 al indicar que “[s]e reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias” estableciendo, asimismo, en relación con la *prestación farmacéutica*, los arts. 94 y 94 bis de dicha Norma, los supuestos y las cuantías en los que procede la aportación de los usuarios, es decir, una modalidad de “copago”, en palabras del Tribunal Constitucional (STC 71/2014, F.J. 7º). Pues bien, las premisas indicadas sirven al Tribunal para elaborar el argumento clave del presente pronunciamiento. Así, se afirma que “las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias”, comenzando por la “cartera común básica” y finalizando por las “prestaciones suplementarias y de servicios accesorios” y, más en concreto, la *prestación farmacéutica* “y su financiación pública constituyen un criterio básico en materia de «sanidad», pues satisface las exigencias formales y materiales de la legislación básica. Afirmación a la que se añade su *consecuencia*, erigiéndose la misma en *criterio fundamental*, a nuestro juicio, en orden a sustentar la inconstitucionalidad de las tasas objeto de recurso.

En efecto, se indica que la consideración mencionada es debida, tal como se señaló en la STC 136/2012, a la *finalidad* de garantizar «una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección de la salud. Sin embargo, esa necesaria uniformidad mínima (...) puede ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE)”.

En definitiva, y como se encarga de *recalcar* más adelante el Tribunal Constitucional, “en materia de sanidad, y frente a lo que sucede con otras competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades

Autónomas, el régimen de sostenimiento económico forma parte de la competencia básica del Estado”. De este modo, “la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio”, constituyendo un *elemento nuclear o básico* del ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias que debe ser regulado de *manera uniforme* a fin de “garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional” (STC 136/2012, FJ. 5º, con cita de las SSTC 98/2004, de 24 de mayo; 22/2012, de 16 de febrero).

Por consiguiente, y si bien el Tribunal Constitucional deja clara la competencia exclusiva del Estado tanto en la definición de las prestaciones sanitarias como en la determinación de la modalidad de financiación y, en concreto, los supuestos en que procede el pago de aportaciones por los destinatarios, no puede pasar por alto que las Comunidades Autónomas tienen, al mismo tiempo, competencias también en materia de sanidad (tal como prevé el art. 162.1 Estatuto de Autonomía de Cataluña), señalando significativamente en este sentido, por una parte, que las Comunidades Autónomas pueden contribuir a “mejorar” esa uniformidad mínima. Y, añadiendo más adelante, que la “conexión entre la sanidad y su financiación” se encuentra recogida expresamente en el art. 15 LOFCA, que no hace sino recoger la posición del Tribunal al señalar que “[e]l Estado garantizará en todo el territorio español el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales de su competencia”, entre los que se encuentra la *sanidad*.

Pues bien, antes de continuar con el examen del resto de la doctrina del Tribunal Constitucional, centrada ya en el análisis de los *elementos configuradores de la tasa*, nos gustaría realizar una consideración general en relación a esta “primera parte” del *iter* argumentativo del Tribunal.

Se trata, en efecto, de hacer hincapié en la importante *conexión*, elaborada por el Alto Tribunal, entre la consideración como básica de la competencia en materia de sanidad (concretando el ámbito de la misma tanto en lo referido a las prestaciones sanitarias, como a la financiación de la misma y las aportaciones de sus destinatarios) y el *objetivo o finalidad* perseguido con ello. Esto es, la *uniformidad mínima* en las condiciones de acceso a la sanidad en todo el territorio español y que no es otra cosa, a nuestro juicio, que la *garantía de la igualdad* entre todos los españoles en este ámbito.

Equidad que, aunque no se alude directamente a ella en la Sentencia, se vería vulnerada por la imposición del “copago” como condición de acceso a determinados servicios sanitarios pudiendo la misma infringir, asimismo, y en nuestra opinión, incluso el principio de capacidad económica por más que se pueda defender que dicho principio no opera con la misma intensidad en la tasa que en el resto de tributos. De aquí que se indique por el Tribunal Constitucional que, el *ámbito de actuación* de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad, quede “restringido” a la “mejora” de la mencionada uniformidad mínima.

Pues bien, habiendo sido nuestro propósito, hasta el momento, hacer hincapié en la parte que entendemos más relevante de la Sentencia comentada, vamos a analizar sucintamente alguna cuestión relativa a los elementos configuradores de la tasa y, en concreto, su hecho imponible continuando, de este modo, con el hilo argumental del Tribunal Constitucional.

Alto Tribunal que ha afirmado que el hecho imponible de las tasas, tanto madrileña como catalana, “recae de forma directa sobre la *prestación farmacéutica*, pues su pago es condición para la dispensación del medicamento o producto sanitario”, lo que permite concluir que la misma “no recae sobre una prestación nueva sino directamente sobre todas las prestaciones contempladas en la cartera común suplementaria”, cuya financiación se encuentra regulada en la Ley 29/2006, arts. 94 y 94 *bis*, “que limitan la aportación del usuario a los casos allí previstos”.

A partir de lo anterior, concluye el Tribunal Constitucional que “no resulta por tanto compatible con este régimen básico el establecimiento de una tasa como la controvertida, al hacer más gravoso para el ciudadano la adquisición de sus medicamentos con receta en la Comunidad Autónoma” de Cataluña o Madrid.

Argumento que, siendo cierto y guardando coherencia absoluta con todo el proceso argumentativo seguido por el Tribunal Constitucional, creemos que tal vez debía haber sido apoyado también por la alusión al *principio de prohibición de doble imposición*, ex art. 6.2 LOFCA, en cuanto principio limitativo del poder financiero de las Comunidades Autónomas. En efecto, es el propio Tribunal quien, en las “consideraciones previas”, a las que se ha aludido más arriba (F.J. 3º, STC 71/2014), señala que “el canon de constitucionalidad para enjuiciar si una tasa autonómica respeta o no el ámbito competencial se encuentra principalmente en el art. 7 LOFCA, en conexión con el reparto competencial de la materia sobre la que la tasa incide”, añadiéndose que “cumplida

esta condición esencial, resultará entonces respetado también el límite contenido en el art. 6 LOFCA, pues el hecho imponible de las tasas se refiere precisamente a dicha competencia material, siendo así que los límites contenidos en los arts. 6.2 y 7 LOFCA son dos caras de la misma moneda”. Por ello, y en coherencia con dicha afirmación, si como se ha expuesto, las Comunidades Autónomas han invadido la el ámbito competencial del Estado en materia de sanidad, parece que se podría estar vulnerando también el contenido del art. 6.2 LOCA.

Pronunciamiento, finalmente, que, como se ha anticipado más arriba, termina declarando, en base a los argumentos expuestos, la inconstitucionalidad de las tasas comentadas por invasión de la competencia estatal del art. 149.1.16 CE.

INFRACCIONES Y DELITOS TRIBUTARIOS

José Alberto Sanz Díaz-Palacios

Infracciones tributarias. Administradores sociales. Derivación de responsabilidad. Culpa «in vigilando»

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 23 de diciembre de 2013

A finales de la década anterior, la Administración tributaria de Ciudad Real deriva a la demandante responsabilidad (subsidiaria) por infracciones relativas al Impuesto sobre el Valor Añadido de cierta cooperativa. La actora alega que ello habría infringido el art. 40 LGT (Ley 230/1963) (en relación con los arts. 129 y 130 de la Ley 30/1992), pues nunca había participado en reunión alguna del consejo rector de la cooperativa, y ello a pesar de tener en él la condición de vocal (es más: ni siquiera se le habría convocado para que asistiera).

La Sentencia recuerda que la propia resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) impugnada «recoge en su fundamentación parte de la doctrina que se ha ido conformando por los tribunales» sobre «la concurrencia de culpa “in vigilando” en aquellos supuestos de derivación de responsabilidad frente a los integrantes de los órganos de administración de las personas jurídicas que tenían legal o estatutariamente atribuidas las competencias sobre las que ha surgido la infracción tributaria» (FJ 2.º). El Tribunal Superior de Justicia concluye lo siguiente: «En este caso no se ha discutido la existencia de una actuación omisiva por parte del consejo rector a la hora de cumplir las

obligaciones que tiene atribuidas en orden al cumplimiento de las obligaciones fiscales que afectaban a la cooperativa en relación al Impuesto sobre el Valor Añadido, de manera que no constando que por parte del consejo rector se cumpliera con sus obligaciones, ni que por parte de la ahora actora se llevara a cabo actuación alguna para reclamar el cumplimiento de esos deberes o al menos algún acto positivo del que pueda desprenderse la existencia de una mínima diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de ese órgano de la sociedad, es evidente que debe entenderse que concurren los presupuestos que justifiquen la derivación de responsabilidad» (FJ 3.º).

Delitos fiscales. Expediente de la Agencia tributaria. Pruebas testifical y pericial. Testigos-peritos. Principios rectores del proceso penal

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 7 de enero de 2014

El tribunal conoce en apelación de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cuenca, que condenó al recurrente por dos delitos contra la Hacienda Pública. Debido a su especial trascendencia en materia de garantías y derechos procesales, llama poderosamente la atención el posicionamiento de la Audiencia Provincial en el FJ 2.º de la Sentencia que reseñamos. Destacan las siguientes afirmaciones:

a) En primer lugar, «si bien el expediente de la Agencia tributaria no tiene, en principio, otro carácter que el de una denuncia ello no impide que las declaraciones prestadas por quienes hayan intervenido en su elaboración puedan ser valoradas como prueba testifical que introduce válidamente en el juicio oral los datos que consten en dicho expediente (STS 5/12/2002)». La Audiencia de Cuenca invoca la STC 76/1990, de 26 de abril, según la cual «el acta de la Inspección contiene la constatación de unos hechos de los cuales se infiere una *notitia criminis* suficiente para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y en la fase del juicio oral tendrá el valor probatorio como prueba documental que el juez penal libremente aprecie, con respeto a todos los derechos reconocidos por el art. 24 de la Constitución [CE]». Continúa la Audiencia: «En este mismo sentido tanto la STC 147/2009, de 15 de junio, como la STS 19/1/2012 han señalado que no puede prosperar la queja relativa a la falta de virtualidad probatoria de los informes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y, por tanto, su validez como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). No se puede negar que los informes elaborados por los funcionarios de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, y las declaraciones

de éstos en el acto del juicio, tienen el carácter de prueba legítimamente obtenida y practicada, y que debe ser valorada».

b) «En segundo lugar ocurre que es frecuente que se afirme la naturaleza de prueba pericial de las declaraciones en juicio de los actuarios que elaboran los informes de la Agencia tributaria negando por ejemplo la STS n.º 611/2009 de 29 de mayo (que se refiere a la prueba “pericial” emitida por los actuarios promotores de las actas de Inspección y denunciante ante la Fiscalía) que la imparcialidad de los peritos actuarios pueda cuestionarse “por el hecho de ser funcionarios públicos integrados en la Agencia tributaria, ya que ello de ningún modo genera interés personal en la causa”, añadiendo que tampoco “les inhabilita como técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales a propuesta del Ministerio Fiscal”, con cita de las SSTS 1/2/2006, 6/11/2000, 28/3/2001, 28/3/2003, 3/1/2003 y 5/12/2002, [y] señalando que según esta última sentencia “... la admisión como perito de un Inspector de Finanzas del Estado en un delito fiscal no vulnera los derechos fundamentales del acusado, atendiendo, precisamente a que el funcionario público debe servir con objetividad a los intereses generales, sin perjuicio, obviamente, del derecho a la parte a proponer una prueba pericial alternativa a la ofrecida por el Ministerio Fiscal...”». Además, en el caso de autos, «tras plantearse en juicio como cuestión previa la calidad en la que habían de declarar los funcionarios actuarios, se les llamó a declarar finalmente como testigos, pero sin obviar la aportación al juicio de sus conocimientos técnicos, de forma tal que en esta condición de testigos, o de testigos-peritos, se practicó la prueba con ellos interesada, sin que pueda sin más descartarse la validez de la misma por este motivo, pues aun cuando pudiera cuestionarse su condición de peritos, en ningún caso es cuestionable que puedan declarar como testigos, o en la condición de testigos-peritos que establece el art. 370 de la LEC [“Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos”]».

c) En tercer lugar, que el juez *a quo* acuda, de cara a la valoración de la prueba, «al carácter de funcionarios públicos» de los Inspectores de Hacienda en cuestión, «no implica que en ningún momento funde sus conclusiones en una presunción de veracidad de la misma, como se manifiesta en el recurso, sino que por el contrario, además de dicho argumento, valora la mencionada prueba conforme a su contenido y de acuerdo con su convicción personal, dedicando extensos razonamientos a especificar los hechos que a su criterio resultan de la prueba practicada

con los mencionados testigos, así como a razonar sobre diferentes aspectos controvertidos relativos a la prueba practicada».

Pues bien, ante tales argumentos jurídicos cabe considerar, al menos, lo siguiente:

1.º) Aunque se insista en que el expediente administrativo equivale a una denuncia, no hay que perder de vista que la LGT otorga especial valor probatorio a las diligencias y actas de la Inspección, las cuales «tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario» (arts. 107.1 y 144.1 LGT). Y ello entraría en conflicto con el derecho fundamental a no declarar contra uno mismo (consagrado en el art. 24 de la Constitución), considerando que en el transcurso del procedimiento inspector el contribuyente no prestaría su colaboración libremente sino bajo amenaza de sanción (el art. 203 LGT tipifica la infracción por resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria).

2.º) En palabras de Ramón FALCÓN Y TELLA (que conservan toda su actualidad, a pesar de estar fechadas en 1996), «cualquiera que tenga la más mínima experiencia en procesos por delitos contra la Hacienda Pública sabe [...] cuánto distan los informes periciales que frecuentemente se solicitan en estos procesos de constituir un mero medio de prueba de los hechos. Pues normalmente la pregunta que se formula a los peritos hace referencia a la posible existencia o no de cuotas defraudadas a la Hacienda Pública por encima de la cuota mínima fijada por el tipo penal. Y, lógicamente, determinar la cuantía defraudada exige no sólo apreciar los hechos (cantidades ingresadas en Hacienda, ingresos obtenidos, gastos efectivamente realizados, etc.), sino también, y sobre todo, aplicar a dichos hechos la correspondiente norma tributaria». En definitiva, los informes periciales en procesos por delito fiscal contienen «opiniones sobre la calificación tributaria aplicable a los hechos, a menudo puestos de manifiesto previamente por la propia Inspección, completados en la instrucción, y facilitados al perito por el propio juzgado; se trata por tanto de verdaderos y propios dictámenes sobre cuestiones de Derecho tributario, y no sobre hechos». De ahí que fuera «conveniente una regulación específica que atendiera a la individualidad propia de la pericia en los procesos por delito contra la Hacienda Pública, o más ampliamente, en todos aquellos casos en que resulte necesario aportar al proceso un conocimiento jurídico especializado». A esa apreciación se une otra que también suscribimos, cual es «la necesidad de excluir [como peritos] a quienes ya hayan de algún modo informado o se hayan

pronunciado con anterioridad sobre el mismo asunto en contra del procesado [...], lo que en buena lógica debería lleva a excluir a los actuarios, y en general a cuantos funcionarios hayan participado en la inspección o se hayan relacionado con los procedimientos administrativos previos referidos a los mismos hechos. Pues si, como indica la SAN 24 junio 1988, el acuerdo de remisión del expediente al fiscal equivale a una denuncia (lo que se afirma para excluir la posibilidad de impugnar dicho acuerdo), nombrar perito al actuario [...] supone algo así como nombrar perito al denunciante o querellante»[□]. Consiguientemente, y por las mismas razones de fondo, los tribunales no deberían admitir las declaraciones periciales de los actuarios que intervinieran como testigos en procesos por delito fiscal.

NOTAS

1 Los Comentarios de Jurisprudencia Tributaria, dirigidos por Miguel Ángel Collado Yurrita y coordinados por M^a Esther Sánchez López, han sido elaborados por los Profesores de Derecho Financiero y Tributario e investigadores del Centro Internacional de Estudios Fiscales (<http://uclm.es/cief>), cada uno bajo su especialidad respecto de los tributos castellano manchegos, ya sea desde la esfera de tributo estatal cedidos, propios o local, a que se refieren las sentencias comentadas, distinguiendo dentro de cada materia los órdenes judiciales y administrativos, en su caso. De esta manera, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas será comentado por Francisco José Nocete Correa. El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, así como El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados serán comentados por Saturnina Moreno González. El Impuesto sobre el Patrimonio, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles así como el Impuesto sobre Actividades Económicas será comentados por María Prado Montoya López. El apartado referente a los Impuestos medioambientales autonómicos será comentado por Gemma Patón García. Los Impuestos Locales (no mencionados con anterioridad) corresponderán a Pedro José Carrasco Parrilla. Las Tasas y Precios Públicos (autonómicos y locales) por su amplísima variedad en cada una de sus esferas, serán abordados por Miguel Ángel Collado Yurrita, M^a Esther Sánchez López y Luis M^a Romero Flor. Y, finalmente, a José Alberto Sanz Díaz-Palacios le corresponderá la Jurisprudencia regional en materia de infracciones y delitos tributarios.

Ello no obsta, para que alguno de los referidos profesores, en un momento determinado y por la relevancia y/o interés del tema, puedan realizar comentarios fuera de las secciones en las que se encuentran encuadrados.

2 Vid. FALCÓN Y TELLA, R., «Los informes periciales en los procesos por delito contra la Hacienda Pública: ¿una pericia en Derecho?», *Quincena Fiscal*, núm. 3, 1996, BIB 1996\1308.

DOCTRINA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA

Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá (CDR) y
Ángel Cuesta García de Leonardo (AC)

CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. OBLIGACIÓN DEL TOMADOR DEL SEGURO DE DECLARAR AL ASEGURADOR CUALQUIER CIRCUNSTANCIA POR ÉL CONOCIDA SUSCEPTIBLE DE INFLUIR EN LA VALORACIÓN DEL RIESGO. OBLIGACIÓN DEL ASEGURADOR DE PRESENTAR UN CUESTIONARIO AL TOMADOR DEL SEGURO EN EL QUE TRATE CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDAN INFLUIR EN LA VALORACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO (a. 10 LCS). FALTA DE CORRESPONDENCIA DE LA FIRMA DEL ASEGURADO.

La Sala estima el recurso del demandante contra la compañía aseguradora. El demandante contrató con la demandada un seguro de vida, accidente y enfermedad. Acaecido uno de los siniestros objeto de cobertura (el de declaración de situación de incapacidad permanente en grado de absoluta). La aseguradora rehusó el siniestro, alegando que al tiempo de suscripción de la póliza el asegurado tenía antecedentes no declarados de las causas que motivaron el siniestro, de forma que ocultó hechos o circunstancias que, conocidas, eran relevantes para la correcta valoración del riesgo; de forma que, de haberlo sabido, no se hubiese aceptado el seguro. La sentencia de instancia desestima la demanda, imponiendo a la parte actora las costas del juicio. Frente a dicha sentencia se alza en apelación la parte actora, alegando que se ha producido una errónea valoración de la prueba e infringido los principios de la carga probatoria del mismo.

“...De acuerdo con las reglas de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en particular con el principio de facilidad probatoria del num. 6 de dicho artículo, es a la aseguradora demandada a quien correspondía probar que el tomador mintió en su declaración así como que el cuestionario le fue debidamente presentado y rellenado de acuerdo con sus declaraciones al mediador del seguro. Hemos de partir que la acción que se ejercita parte de la existencia y vigencia del contrato de seguro y por ello el actor está obligado a probar dicha vigencia, mediante la prueba del pago de la prima, así como la

conurrencia del riesgo cubierto. Por el contrario, si se niega dicha cobertura, corresponderá a la aseguradora la obligación de probar cualquier causa de exclusión de su obligación, y en especial en los casos en los que se señala que se ha mentido por parte del asegurado, pues la buena fe siempre se presume en las obligaciones (artículos 7.1 , y 1258 del Código Civil) por lo que quien alega que existe mala fe, culpa grave o dolo en la conducta del asegurado tiene la necesidad de probar su existencia para que pueda ser apreciada.

... La parte demandada en modo alguno ha acreditado de un lado que se suscribiera en su día el mencionado cuestionario de salud, como que la firma plasmada en el documento aportado con la contestación a la demanda hubiese sido firmado por el demandante.

El informe pericial es lo suficientemente claro en relación a que la firma que obra en el reverso del documento num. dos aportados con la demanda por fotocopia y original aportado por la demandada, no corresponde a la firma del demandante.

... Cuestión esta que nos lleva a la conclusión que el documento en ningún momento fue firmado por el demandante y por tanto que manipulase el mismo su firma.

... Hemos de concluir que no consta que la entidad demandada sometiera a la actora a un cuestionario de salud.

... El art. 10, en relación con el artículo 7 LCS impone como una obligación del asegurado (que no es tomador de la póliza) el deber de declarar al asegurador todas aquellas circunstancias, de acuerdo con el cuestionario que se le someta, por él conocidas y que puedan influirán la valoración del riesgo. El párrafo tercero del citado artículo 10 LCS reconduce tal deber, imponiendo a su vez una obligación activa a la aseguradora, de tal manera que no incumplirá el asegurado las previsiones del artículo 10.1º LCS si la aseguradora no le somete ningún cuestionario o sometiéndole, lo no declarado por el asegurado, a pesar de incidir sobre el riesgo, no está comprendido de forma expresa en el cuestionario que se le realiza. Por tanto, tal como dispone el propio artículo 10 LCS , no estamos sólo ante una obligación del asegurado, como pretende la apelante, sino que además dicha norma obliga a la aseguradora a una conducta activa, redactando unos cuestionarios que abarquen aquellos aspectos necesarios para una correcta valoración del riesgo por su parte y además presentarlos debidamente al asegurado con carácter previo a la firma del contrato.

... Como requisito previo al examen de esta mala fe que permitiría la aplicación del artículo 10.3 LCS , es preciso determinar si se ha presentado el cuestionario al asegurado, de tal manera que cuando no se ha presentado el mis-

mo, en los términos en los que se ha interpretado jurisprudencialmente, no procede aplicar la excepción de cobertura del artículo 10.3 LCS, sino que procede aplicar la regla general prevista en el artículo 10.1 LCS, pues como señala la STS de 4 de abril de 2007: "... las preguntas del formulario no fueron expresadas al tomador del seguro, de modo que es aplicable la posición de esta Sala con mención a que, al declarar la sentencia recurrida que el agente de la aseguradora fue quién rellenó el cuestionario que el tomador del seguro se limitó a firmar, ello equivale a una falta de presentación del cuestionario, cuyas consecuencias no pueden hacerse recaer sobre el asegurado (STS de 31 de mayo de, reiterada en las SSTS de 6 de abril de 2001 y 31 de diciembre de 2003)".

CDR

CONTRATOS BANCARIOS. CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE. RECLAMACIÓN DE PENSIÓN OBJETO DE RETROCESIÓN OPERADA POR ENTIDAD BANCARIA DEMANDADA EN LA CUENTA DE LA ACTORA. LA PENSIÓN QUE SE INGRESA EN LA CUENTA DE LA ACTORA LO ES POR SU CALIDAD DE APODERADA DE LA BENEFICIARIA. LA ENTIDAD DEMANDADA COLABORA CON LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL QUE ORDENA LA DEVOLUCIÓN DE LA PENSIÓN RECIBIDA. CUASICONTRATOS. COBRO DE LO INDEBIDO. Audiencia Provincial de Albacete. Sentencia de 2 de enero de 2013.

La Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por la demandante, por lo que la demandada debe abonar a la actora la cantidad reclamada. Queda desestimado el recurso de apelación interpuesto por la demandada reconviniendo contra la desestimación de la demanda reconvencional. La presente alzada tiene por objeto la reclamación de la parte actora de las cantidades objeto de la retrocesión operada por la entidad bancaria demandada en la cuenta corriente de la actora y la reconvención de la entidad demandada, articulada de forma subsidiaria para la estimación de aquélla, consistente en la declaración de la percepción de la cantidad objeto de la misma como objeto de cobro de lo indebido. La actora, titular de la cuenta corriente en que se habría operado la retrocesión de la pensión que le había sido ingresada en su calidad de apoderada de la beneficiaria, se alza contra la desestimación de su pretensión por la sentencia de instancia, que consideró que la normativa vigente amparaba la actuación de la demandada. Por su parte, la entidad bancaria, colaboradora con el abono de pensiones de la seguridad social que ejecutó la orden de devolución recibida de dicho ente público operando una

retrocesión en la cuenta corriente de la actora sin conocimiento previo por parte de ésta, recurre la sentencia de instancia porque la misma, tras admitir la forma subsidiaria en que se articuló la reconvención, y no entrar a conocer de la misma, la desestimó en su parte dispositiva con condena en las costas causadas.

“El art. 17 de la Orden de 22 de febrero de 1996, para la aplicación y desarrollo del Reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1391/1995, de 4-8-1995, dispone que la entidad financiera deberá hacerse responsable de la devolución a la Tesorería General de la Seguridad Social de las mensualidades que pudieran abonarse correspondientes al mes o meses siguientes al de la fecha de extinción, **por fallecimiento, del derecho a la prestación de que se trate, sin perjuicio del derecho de la entidad financiera a repetir el importe de las prestaciones devueltas a la Tesorería General de la Seguridad Social de quienes las hubieren percibido indebidamente**. Todo ello se entiende sin perjuicio asimismo del derecho de la Seguridad Social a descontar el importe de las prestaciones indebidamente percibidas o a exigir su reintegro directamente de quienes las hubieren percibido indebidamente en los términos establecidos con carácter general, con los efectos procedentes respecto de la entidad financiera que las hubiere devuelto a la Tesorería General». Alude expresamente el precepto transcrito al supuesto de percepciones indebidas, mención que requiere un detenido examen porque, siendo evidente que la pensión se ha abonado en cuenta de persona distinta del titular, no aparece tan clara la circunstancia o circunstancias que han dado lugar a que dicha situación de cobro indebido se haya producido ni que dichas circunstancias obedezcan a una pérdida del derecho por parte del titular de la pensión, que es el único supuesto contemplado por la norma .

... Tanto el art. 89.2 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios aprobado por RDLegislativo 1/2007 - norma civil plenamente aplicable entre particulares- como el servicio de reclamaciones del Banco de España (cuyas decisiones no son vinculantes entre particulares pero sí frente a la entidad subordinada a sus normas de disciplina e intervención) impiden a la demandada transmitir al usuario las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables . La entidad demandada no puede alegar su propia torpeza consistente en tramitar cobros de pensiones en cuentas individuales de persona distinta del beneficiario de la pensión incumpliendo la normativa de colaboración con la Seguridad Social para después reconocer su error y retroceder el abono causando un detrimento patrimonial a su cliente. En este sentido, cabe alegar en apoyo de esta interpretación, el criterio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España creado por la Ley de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito . Según la Memoria de 2011, que reitera criterios de años anteriores, como consecuencia de la vinculación que une a las entidades con sus clientes titulares de depósitos a la vista, que se caracterizan principalmente por ser contratos

de gestión, aquellas deben limitarse a cumplimentar las órdenes que estos puedan darle, bien sea de manera directa, concreta y específica, bien de forma genérica, en cuanto a la realización de cobros y pagos a terceros se refiere. En tal sentido, el Servicio de Reclamaciones ha venido entendiendo que para poder proceder legítimamente al adeudo de una cuenta se precisa de forma ineludible, bien el consentimiento expreso de su titular o autorizado, o una explícita previsión contractual o legal en tal sentido, o bien la existencia de mandato judicial. Requisitos que, como hemos visto, no han estado presentes en el caso enjuiciado. Y ya concretamente en relación con la retrocesión de las pensiones percibidas por clientes bancarios sin derecho a las mismas, pero por causas distintas al fallecimiento del titular (único supuesto contemplado en la normativa alegada por la demandada) entiende el Banco de España: “Cuestión distinta es la retrocesión de los abonos por otras causas, en cuyo caso una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias exigiría la comunicación previa al cliente a efectos de que pudiera adoptar las medidas que considerara oportunas para devolver tales cantidades, o cualesquiera otras acciones.

... “Enuncia el artículo 1895 del Código Civil que cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla. Hemos de aclarar que ambas estimaciones - la de abono de la retrocesión ilegítima y declaración del carácter indebido del pago- podrían ser hipotética o teóricamente compatibles, habida cuenta de que las relaciones derivadas el servicio de caja bancario existentes entre las partes podrían hacer ilegítima la retrocesión en este caso, sin perjuicio de que la cantidad abonada inicialmente en la cuenta (posteriormente retrocedida) no respondiera a ninguna obligación preexistente entre el ordenante y el receptor de la transferencia efectuada. Pero, precisamente, del anterior razonamiento se deriva que la demandada no está legitimada para solicitar la declaración de cobro de lo indebido, puesto que no es la ordenante de la transferencia y por lo tanto, no es la pagadora, sino la tramitadora de dicho pago; y tampoco la actora se ha arrogado derecho subjetivo alguno al cobro en nombre propio, sino mera mandataria para el mismo, con la obligación de transferirlo a su mandante, como así se acredita que lo hizo. Que la entidad bancaria reconviniere haya devuelto posteriormente la cantidad abonada a la Tesorería de la Seguridad Social por entender que debía hacerlo en virtud de la normativa administrativa que le vincula a la ordenante en su condición de entidad bancaria colaboradora no significa que la cantidad inicialmente abonada -o en su caso, la cantidad a la que la parte dispositiva de esta sentencia condena- fuera indebida, porque en las partes de este pleito no concurre la condición de deudor y acreedor en relación con la pensión abonada. Es por lo tanto, la demandada reconviniere quien debe solventar su posición ante dicha Tesorería, quien a su vez tendrá que interponer las acciones que procedan frente a la beneficiaria de la pensión, en el caso de que ésta haya recibido alguna mensualidad por partida doble”.

DERECHOS FUNDAMENTALES. DERECHO AL HONOR VERSUS LIBERTAD DE EXPRESIÓN. PUBLICACIÓN POR PARTIDO POLÍTICO DE CRÍTICA SOBRE CONCEJAL DEL PARTIDO DE LA OPOSICIÓN. Audiencia Provincial de Ciudad Real. Sentencia de 8 de mayo de 2013.

La Sala estima en parte el recurso interpuesto por el actor en el único particular de no efectuar especial declaración sobre costas en Primera instancia y en apelación. En consecuencia, se desestima la demanda del actor/recurrente (concejal del Partido Popular de la localidad de Herencia) de protección al honor frente a la Agrupación Local del PSOE de la misma localidad, por las manifestaciones vertidas en el boletín local de la mencionada entidad política, en cuyas páginas se hacía referencia a determinadas deudas que mantenía el demandante (unas de carácter innominado y otras respecto de impuestos y tasas de entidades locales). La parte demandada solicitó la desestimación de la demanda alegando que las manifestaciones vertidas encontrarían amparo en los derechos constitucionales de libertad de expresión e información, relativas a un cargo público y contando con la nota de veracidad. La Sentencia de instancia desestima la demanda partiendo de los siguientes presupuestos:

1º) El interés público de la información difundida en relación además a un cargo público en un escenario de contienda electoral próxima.

2º) Que existía evidente interés público en conocer la existencia o no de deudas en un candidato electoral.

3º) Que la afirmación sobre la existencia de deudas no se puede calificar como objetivamente ofensiva o despectiva, sino relativa a un cargo público.

4º) Que la información facilitada cumplía el requisito jurisprudencialmente exigido de veracidad (en relación a la sociedad mercantil participada por el actor).

La AP, tras exponer una exhaustiva doctrina establecida por el TS acerca de los ataques al derecho al honor en sede civil, contenida en la STS de 28 de Septiembre de 2012, llega a unas conclusiones esenciales:

“Primero.- que los artículos publicados en el referido boletín local del PSOE de la localidad de Herencia a los que se imputa la vulneración de derechos fundamentales por parte del recurrente ponen de manifiesto que en ellos predomina el ejercicio de la libertad de expresión frente a la libertad de información pues

consiste esencialmente en una crítica formulada por un partido político frente a un concejal del partido de la oposición en un escenario de inmediatas elecciones municipales. Así respecto de las que aparecen en las págs. 2 y 6 del mencionado Documento núm. 2 de la demanda se hace en respuesta a las críticas recibidas por parte de la oposición ante gastos del equipo de gobierno municipal, en cuyo contexto se sitúa la referencia a algunas deudas que tiene el recurrente.

Desde esta perspectiva lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Noviembre de 2010 en relación a boletines informativos de carácter político.

Segundo.- como reitera el Tribunal Supremo, “en el terreno abstracto, existiendo una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, (i) debe partirse de la prevalencia que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libre expresión y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho al honor de la parte demandante y (ii) no es suficiente para considerar que se ha lesionado el derecho al honor que las expresiones utilizadas tiendan a menoscabar su prestigio profesional, ni siquiera que puedan resultar desabridas, sino que es menester aplicar la técnica de la ponderación para inferir si, atendidas las circunstancias del caso, la colisión con el derecho al honor de la demandante puede invertir la posición prevalente que las libertades de información y expresión ostentan en abstracto en una sociedad democrática”.

Tercero.- Que en dicho juicio de ponderación resulta:

(a) No puede obviarse, como acertadamente señala la Sentencia de instancia, que la información vertida tiene relevancia pública e interés general. Ello es así por cuanto la información difundida no sólo se refiere a un personaje público de la localidad que va a ser candidato al gobierno municipal y, por ende, al manejo de fondos públicos de los ciudadanos, siendo por ello que la posible existencia de deudas sea elemento de valoración por los futuros votantes a la hora de decantarse por una opción política. Desde este punto de vista, por consiguiente, el peso de las libertades de información y expresión frente al derecho al honor es en el caso examinado de una importancia elevada. La relevancia de la afectación al derecho a la reputación profesional del recurrente no es suficiente para descartar la prevalencia de la información y crítica vertida. Además tales alusiones se enmarcan dentro de un contexto muy claro de crítica ante alusiones referentes al gobierno municipal.

(b) El requisito de veracidad no parece en el caso examinado relevante para el resultado de la ponderación que debe efectuarse, puesto que en él se ejercita fundamentalmente la libertad de expresión mediante la crítica a un oponente político. Si atendemos a la información divulgada respecto a posibles deudas del recurrente lo relevante no parece tanto su existencia (posteriormente referida a

una empresa de la que es socio el recurrente) sino que la idea era dar a conocer a los futuros votantes cómo se manejaba un adversario político en su vida particular pero en aspectos trasladables a una posible futura administración de fondos públicos y en respuesta a críticas recibidas por el gobierno municipal por parte de la oposición. No debe olvidarse que no es precisa una exactitud absoluta entre la realidad y aquello que se manifiesta, admitiéndose inexactitudes o errores que no sean sustanciales en el contenido de la noticia, bastando una diligencia en la búsqueda de la verdad aunque ello no se haya conseguido con exactitud (SSTC 192/1999 y 297/2000).

(c) Cabe igualmente concluir que la presencia del recurrente en el boletín de información tenía carácter accesorio y resultaba necesaria para transmitir información acerca de la oposición política.

(d) Tampoco desde el ángulo del posible carácter injurioso, insultante o desproporcionado de las expresiones utilizadas puede ser revertido el juicio de ponderación que realizamos, en relación con su contexto. La jurisprudencia estima, por ello, amparadas en la libertad de expresión aquellas expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva, aunque pueden no ser plenamente justificables. Dado que en la situación descrita por la Sentencia de instancia no se advierten rasgos que conduzcan a apreciar una manifiesta desproporción en la crítica a unos hechos, la Sala considera, en suma, que, en las circunstancias que se han expuesto, no puede considerarse que las expresiones proferidas excedan la libertad de expresión, valor constitucional indispensable en todo sistema democrático que, como tal, debe prevalecer sobre el derecho al honor”.

CDR

SUCESIÓN HEREDITARIA. DEHEREDACIÓN. INTERPRETACIÓN DE LA CAUSA DE DESHEREDACIÓN CONTENIDA EN EL ART. 853.2 CC: MALTRATO DE OBRA O INJURIA GRAVE DE PALABRA DEL DESCENDIENTE AL TESTADOR. Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia de 26 de marzo de 2013.

La Sala estima el recurso interpuesto por la demandada contra la sentencia del Juzgado que estimó parcialmente la demanda. Los demandantes ejercitaron acción de nulidad del testamento y de la institución

de heredera testamentaria de la difunta. La causante hizo testamento abierto, siendo designada heredera universal doña Florencia (hija y demandada). En el testamento, deshereda a sus hijas, Cándida, que premurió a la causante, María Purificación y Rosalía (demandantes) en virtud de lo dispuesto en los arts. 853, 1.º y 2.º CC, sin más mención ni alegar otras circunstancias. No existe causa legal de desheredación y piden una sentencia que declare inexistente la causa de desheredación y declare nulo el testamento; declare herederos intestados por quintas e iguales partes a doña Rosalía, doña Blanca, doña Lina, doña Florencia, y don Germán, doña María Purificación y don Leoncio, las cuatro primeras por cabezas y los demás por estirpes. Subsidiariamente, reduzca la institución de heredero en la parte que corresponda y en todo caso, declare la nulidad de existir, de la escritura pública de aceptación de la herencia. La demandada (doña Florencia), se opuso a la demanda, manifestando que existía causa de desheredación, en razón a que las demandantes durante los últimos seis años de vida de la madre, la maltrataron verbalmente y no prestaron ayuda de ningún tipo. Niega la sentencia de Primera Instancia, la denegación de alimentos, y en cuanto a la existencia de injurias, en base a la prueba testifical, doña María Inmaculada, afirma que la causante le comentó que su hija Rosalía la había echado de casa, la existencia de conflictos entre la familia, pero no de insultos o maltrato y, por su parte, la testigo a instancias de la demandada, doña Piedad, reconoce la existencia de insultos como mala madre o ladrona, y que la acompañó al testamento sabiendo que las quería desheredar, y que el Notario le dijo que les tenía que dejar la legítima. Finalmente, destacar el testimonio de Germán, hijo de Cándida y hermano de dos de los demandantes, que afirma haber escuchado insultos a su madre y sus tías a su abuela- la causante- por vender unas tierras y no repartir el dinero, llamándola cabrona y puta, incluso en la calle, y que Rosalía la llegó a echar a la calle. La sentencia estima en parte la demanda, declara inexistentes las causas de desheredación, y el derecho de los demandantes al tercio de legítima estricta de la herencia junto a la demandada. Se recurre la sentencia por la demandada doña Florencia y también por los iniciales demandantes y la AP estima el recurso de la demandada.

“la desheredación consiste en la privación a un legitimario de su parte en la sucesión forzosa, y que la facultad de desheredar no se basa solo en la libre voluntad del testador tal y como en esencia sucede, en otros ordenamientos jurídicos, sino que asentándose nuestro sistema sucesorio en el principio de protección y respeto a las legítimas, es decir, sobre la intangibilidad de la legítima (“salvo en los casos expresamente determinados por la Ley”, tal y como expresa el art. 813 del C.c., principio del que también son expresión los arts 1056 y 1075) es por lo

que, tal y como contundentemente señala el art. 848 del C.c. , ”la desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la Ley”.

De este precepto es de notar, y así lo ha puesto de relieve nuestra más tradicional doctrina científica, que el adverbio “solo” deja claro el sentido del mismo. De forma que por razón de dicho sentido, es por lo que la doctrina jurisprudencial (SSTs de 20 de septiembre de 1975 , 20 de junio de 1959 , 6 de diciembre de 1963 , 8 de noviembre de 1967 y 9 de julio de 1974) ha indicado que las causas enumeradas en el Código Civil como justa causa de desheredación son de interpretación restrictiva conforme al indiscutido principio de que las normas privativas de derecho deben de ser objeto de restrictiva interpretación (in odiosa sunt restringenda), de forma que sólo pueden ser tenidas como tales las específicamente determinadas por la Ley cuya enumeración ha de entenderse exhaustiva, sin comprender en ellas otras distintas, aun cuando guarden analogía o sean de mayor entidad.

...Respecto a la causa de desheredación prevista en el núm. 2 del art. 853 consistente en el maltrato de obra o injuria grave de palabra del descendiente al testador, se trata de una circunstancia que necesariamente habrá de ser apreciada mediante el libre arbitrio judicial, sin que se exija que los malos tratos hayan dado lugar a una condena penal (STS de 4 de noviembre de 1904), debiéndose resolver a juicio de la doctrina, teniendo en cuenta el tono de la familia, la conducta filial en general y el signo de cultura social en el momento en que se produce la ofensa. Lo determinante será por tanto demostrar que en efecto existió un maltrato real y objetivo, no que el testador subjetivamente se considere maltratado y de por cierta la causa de desheredación , o considerar como maltrato hechos o circunstancias que objetivamente no tengan tal consideración. En particular, “la falta de relación afectiva y comunicación entre el hijo y el padre, el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrada por el hijo en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica y que en definitiva solo están sometidos al tribunal de la conciencia” (STS de 28 de mayo de 1993). La apreciación de la concurrencia de esta causa de desheredación supone una cierta discrecionalidad del juez que, en todo caso, ha de operar restrictivamente en aplicación del principio general del derecho “odiosa sunt restringenda” y porque, de otro modo, se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos.

La SAP León 23-3-2011 , pone de relieve, que “A pesar del carácter solemne de la cláusula de desheredación , y de su carácter tasado, en ningún caso exige la Ley concretar o describir los hechos constitutivos del maltrato o injuria

, puesto que la certeza puede ser contradicha por el desheredado y, en tal caso, ha de demostrarse en juicio la existencia de la causa del artículo 850 (sentencia 881/2003, de la Sala 1ª del TS de fecha 25 de septiembre que, a su vez, cita otras: 4-11-1904, 6-12-1963, 24- 10-1972 y 15-6-1990).

Ello es importante a la hora de valorar las expresiones o actos que se dicen, en orden a determinar si los mismos integran un supuesto de los que el art. 853.2 LEC expresa como justas causas de desheredación, y se une a ello, que en la interpretación del testamento, la voluntad del testador es determinante (ex art. 675 CC).

Esta Sala, a la luz de la amplia prueba testifical practicada, no puede aceptar la interpretación que se hace por el juzgador de la instancia. No solo las expresiones que claramente la propia sentencia admite como ciertas, puta, cabrona, mala madre o cabrona, echándola de casa, y reiterando las expresiones en ocasiones en la calle con el plus de gravedad que ello comporta. Ello supone desde luego algo más que meras discrepancias, que discusiones en el seno familiar, integrando un caso cierto de injuria grave a los efectos del precepto estudiado, de modo que cabría preguntarse que actos o expresiones serían exigibles para admitir esta causa de excusión de la herencia a la luz del precepto y de la interpretación del Tribunal Supremo sobre el mismo. Con arreglo al RAE, injuria supone Agravio, ultraje de obra o de palabra, o Hecho o dicho contra razón y justicia. Las expresiones son elocuentes, y mantenidas en el tiempo, y la repercusión de las mismas en el ánimo de la testadora, claras, como afirma la testigo y evidencia su clara voluntad de desheredarlas, fruto de la repercusión que había tenido en su ánimo el comportamiento de las demandantes y las ofensas de palabra vertidas por las mismas contra su madre.

Ha de recordarse, que la testadora, expresó con claridad la causa legal en que fundó su decisión (la STS de 9 de junio de 1947 , recogiendo la doctrina sentada por S.T.S. de 4 de noviembre de 1904 , señaló que no es precisa su reseña circunstanciada, siempre que se haga factible su individualización y no se impida la posibilidad de impugnarla, pues la acreditación de su realidad y circunstancias en juicio incumbe al heredero cuando la otra parte la contradiga), la consecuencia inmediata, a la luz del dual contenido de referido art. 853-2º del C.c” .

CDR

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR CAÍDAS Y ACCIDENTES EN EDIFICIOS E INMUEBLES: ACCIDENTE EN ESCALERAS MECÁNICAS. Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sentencia de 29 de enero de 2013.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra RENFE-Adif. La demandante reclama una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de una caída en las escaleras mecánicas existentes en la estación de ferrocarril donde se produce el accidente. La recurrente pretende acreditar la concurrencia de una conducta negligente causalmente determinante de las lesiones producidas, por las que se interpone una acción de responsabilidad extracontractual ex arts. 1902 y 1903 CC. La demandante-recurrente centra su reproche culpabilístico en las condiciones de la escalera mecánica de la estación de ferrocarril; concretamente en la anchura de los escalones de la misma, al sostener la necesidad de que la misma alcance el metro y no los 60 centímetros allí instalados.

“Partiendo del mero carácter de recomendación de la Norma Tecnológica de Edificación NTE-ITE de 15 de Febrero de 1.984, ha de afirmarse inicialmente que el hecho de que su contenido no ostente eficacia jurídico positiva vinculante, ello no puede llegar a hacernos creer que las recomendaciones que contiene no puedan y deban venir a formar parte del entorno y contenido del deber objetivo de cuidado cuya trasgresión en este ámbito pueda venir a delimitar la responsabilidad extracontractual ex artículo 1.902 del Código Civil, pese a lo cual no se ha venido en el presente procedimiento a acreditar que las escaleras mecánicas de referencia no viniesen a cumplir los requisitos contenidos en dicha normativa tecnológica, pues especialmente y en lo referente al ancho de los escalones, la normativa técnica de la empresa instaladora obrante en el informe pericial judicial (al folio 409), ofrece respecto del modelo instalado en Puertollano un evidente cumplimiento de dicha normativa tecnológica (ver apartado 3 respecto a los criterios de diseño), al preverse dicho ancho de 60 centímetros, siendo además la profundidad de huella e inclinación general perfectamente acordes no sólo a dicha normativa tecnológica en general sino a los márgenes más exigentes de la misma, lo que de modo evidente también influye en la funcionalidad o no de la anchura del escalón aquí comentada, pues por ejemplo no resulta lo mismo dicha anchura de 60 centímetros con una profundidad de huella mínima que con la máxima y con una inclinación reglamentaria mayor o menor, para valorar la estabilidad y seguridad general del sistema de transporte; todo lo cual apunta a la ausencia de incidencia causal de las características de la escalera mecánica objeto de autos en el presente caso, máxime cuando su acoplamiento a la norma tecnológica resulta más que acreditada.

Por tanto y al no acreditarse otras incidencias que pudieran haber venido a causar el hecho siniestral enjuiciado e imputables al ámbito de la entidad demandada, no puede llegarse a otra conclusión que la consistente en afirmar la corrección de la sentencia combatida, por cuanto que el ascensor estuviera en funcionamiento o no, no resulta causalmente determinante del accidente al estar el uso de la escalera perfectamente recomendado para supuestos fácticos como el protagonizado por la demandante y, por otra parte la supuesta mayor o menor tardanza del empleado de Adif en prestar ayuda a la víctima tampoco tuvo incidencia causal en una caída ya producida previamente y desconectada causalmente de tal alegado, que no probado, retraso”.

CDR

DONACION. REVOCACION POR INGRATITUD DEL DONATARIO. FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS SUPUESTOS PREVISTOS LEGALMENTE EN EL ART. 648 CC. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL PRECEPTO CITADO. Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia de 3 de abril de 2013.

La Audiencia estima el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia que estimó la demanda de los padres contra la demandada (hija), declarando la existencia de causa legal de ingratitud ex art. 648 CC, procediendo, en consecuencia, a la revocación de las donaciones otorgadas mediante escritura pública (dos fondos de inversión). La sentencia de la AP estima el recurso de la demandada y efectúa una interpretación restrictiva del art. 648 CC. Entiende que la conducta de la hija demandada no encaja en ninguno de los supuestos del citado precepto.

“Ha de partirse, como principio del carácter irrevocable de la donación, como todo contrato, sin perjuicio, de que en determinados casos, y atendiendo a la especial naturaleza de la donación, la ley admite, siempre con carácter restrictivo, como enseña la jurisprudencia, la revocación de las donaciones, basada en alguna de las causas, que como numerus clausus establece.

Un nuevo examen de la prueba toda, como autoriza la naturaleza de este recurso, lleva a este Tribunal a conclusiones dispares a las que acoge la sentencia.

Recordemos que el art. 648, en que se basa la demandante, dispone que

También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes:

1º) Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante.

2º) Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad.

3º) Si le niega indebidamente los alimentos .

Claramente ninguno de estos hechos ha quedado acreditado, diríamos siquiera alegado, pues se basan los demandantes en conducta de la hija de dejadez en el cuidado de los padres, que no propiamente abandono, fruto de unas relaciones tensas en los últimos años, pero poniendo de relieve la propia sentencia que era la que cuidaba de los padres. Los datos que la propia demanda recoge en el hecho segundo, habla de reproches a la madre, de trato despectivo a los padres.

La donación es una liberalidad que se realiza mediante contrato, que recoge el artículo 618 del Código civil, y es uno de los pocos negocios jurídicos que pueden ser revocados por la voluntad de una de las partes (con el mandato y el testamento), si bien el Código civil impone concretas causas para la misma, siendo una de ellas la ingratitud , tal como dispone el artículo 648 del Código civil como numerus clausus y de interpretación restrictiva (Ts. 20 de mayo de 2011 y 13 de mayo de 2000).

La sentencia, hace una amplia interpretación de la conducta de la demandada en orden a integrarla en alguno de los supuestos que la norma contempla, que claramente se supera en orden a las consecuencias que se anudan a la conducta de aquella”.

CDR

NULIDAD DE ACTUACIONES. CUALQUIER IRREGULARIDAD PROCESAL NO DESEMBOCA NECESARIAMENTE EN UNA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE ACTUACIONES. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE DICHO MECANISMO JURÍDICO. DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

CONCEPTO DE INDEFENSIÓN. Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia de 26 de marzo de 2013.

La demandante reclama frente a los demandados una suma de 12.005,44 euros, como consecuencia de la concesión a la primera, siendo fiadores los segundos, de un préstamo de financiación de una furgoneta Renault, por importe de 21.314,88 euros, debiendo la suma que ahora se reclama. La parte demandada no niega la firma del contrato, pero sí los demás extremos del escrito de demanda y alega la situación precaria desde el punto de vista económico, atendida la edad y ausencia de futuro laboral. El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda, atendida la ausencia de documentación que acredite la reclamación, pues no se aportó el monitorio en el momento oportuno. El monitorio a que se refiere se archivó al hacerse oposición por los demandados, y la parte debió aportarlo en la audiencia previa. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandante.

“El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en la consideración del Tribunal Constitucional no comprende el derecho al acierto de las resoluciones judiciales ni la correcta aplicación de los preceptos legales: «... Aunque la sentencia judicial pueda ser jurídicamente errónea, y constituir una infracción de ley o de doctrina legal, ello no le da al tema trascendencia constitucional, en cuanto que el artículo 24.1 CE, según reiteradamente viene declarando este Tribunal, no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección e interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales sin otra excepción que la de aquellos supuestos en que la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, que no podría considerarse expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma...»

En el contexto del artículo 24 de la Constitución, la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa, de la audiencia bilateral o de la debida contradicción, que entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto respecto de los cuales la resolución judicial debe suponer la creación, la modificación o la extinción de una situación jurídica individualizada, así como del derecho de realizar los alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales.

A mayor abundamiento, ha de hacerse referencia a la reiterada y constante doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en esta materia de nulidad de actuaciones, por cuanto indican que no cualquier irregularidad

procesal desemboca necesariamente en una declaración de nulidad de actuaciones (SSTC 4-3-86 y 12-5-87), pues la nulidad constituye un remedio reparatorio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria conmovición procedimental que supone tanto para las partes, como para el principio de celeridad y economía procesal, meta a cubrir por la justicia, como servicio que aspira a satisfacer las pretensiones que en petición de amparo jurisdiccional se hace a los órganos judiciales.

Siguiendo este mismo criterio, se exige una razonable proporcionalidad entre el grado de importancia del defecto procesal y las consecuencias que se anudan a dicho defecto (SSTC 23 y 28-10-86, 12-2 y 8-7-1987, entre otras muchas). como en la propia resolución el dto. 72 obrante en el folio 130 de las actuaciones se acredita se expreso.

Es evidente que en el caso actual, la eventual indefensión, de existir, pudo resolverse a través de la petición de prueba en esta segunda instancia, que hubiera impedido, la privación de prueba que denuncia, o simplemente, solicitando una valoración distinta de la prueba existente. El apelante no lo hace así y se limita a solicitar la nulidad, que desde luego no concurre”.

CDR

CONTRATO DE PRESTAMO CON CONSUMIDORES Y USUARIOS. CLÁUSULA ABUSIVA. INTERESES MORATORIOS. VALORACIÓN DE OFICIO POR PARTE DEL JUEZ DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LOS INTERESES PACTADOS. Audiencia Provincial de Ciudad Real. Sentencia de 13 de junio de 2013.

La AP desestima el recurso interpuesto por la demandada contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que estima íntegramente la demanda de la entidad financiera en reclamación de la suma correspondiente a un contrato de préstamo que dejó de pagar la primera. No obstante, y con carácter previo a entrar a conocer los motivos de la apelación, la Audiencia Provincial examina de oficio la posibilidad de que una de las cláusulas contenidas en el contrato de préstamo pueda resultar abusiva, lo que finalmente ocurrió, declarándose nula –por abusiva- la cláusula que establecía los intereses moratorios del contrato de préstamo.

“Previamente a entrar a conocer de los motivos de impugnación estrictamente alegados por la recurrente, este Tribunal se ve compelido a examinar de oficio la posibilidad de que una de las cláusulas contenidas en el contrato de préstamo puedan resultar abusivas.

... La cuestión acerca de si el juzgador de instancia puede valorar de oficio el carácter abusivo de los intereses moratorios pactados en un contrato de préstamo, ha sido resuelta en sentido negativo por esta misma Audiencia Provincial en pleno no jurisdiccional, al entender que tales cuestiones debían debatirse en la fase del plenario para que la entidad prestamista pudiera hacer las alegaciones que estimara oportunas en defensa de la licitud del porcentaje acordado y a instancias de parte.

Sin embargo, la publicación de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en fecha 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), resolviendo la cuestión prejudicial planteada, nos lleva a reconsiderar nuestro anterior criterio, al entender que la respuesta dada por el referido Tribunal ha de estimarse aplicable no solo al juicio monitorio (que fue el supuesto concreto analizado) sino a cualquier procedimiento en el que se pretenda la eficacia de un contrato concertado con consumidores alguna de cuyas cláusulas pudiera ser considerada abusiva según la ley.

En efecto, según se recoge en la resolución expresada, el juicio monitorio, que no permite al juez que examine de oficio, in limine litis ni en ninguna fase del proceso, el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), y si ello es así, igual razonamiento ha de efectuarse en relación al procedimiento hipotecario, o cualquier otro contrato concertado con consumidores.-

Así en las jornadas sobre repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, se recogía en su punto tercero 3.- El Juez debe actuar de oficio en protección del consumidor, utilizando todos los instrumentos previstos en nuestras leyes para conseguir una solución acorde al derecho europeo y a la interpretación que del mismo hace el TJUE.

Conclusión que si bien lo es en relación procedimiento hipotecario, es evidente que su aplicación pudiera ser de forma analógica a cualquier otro procedimiento en los que intervenga un consumidor.

... Continuando con los pronunciamientos contenidas en las jornadas antes mencionadas sobre la repercusión de la doctrina del Tribunal Europeo, se

ha de tener en cuenta en relación a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas.

- 7.-En cuanto a las cláusulas de fijación de intereses moratorios, habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, al que se contempla en el nuevo artículo 114 LH (RCL 1946, 886).

- 8.- Por lo que se refiere a los efectos de la declaración de nulidad:

- -En el caso de las cláusulas de intereses de demora, la nulidad comportará la expulsión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (LEG 1889, 27) (intereses del artículo 1108 CC) o la que sostiene la aplicación de la Ley Hipotecaria (interés del nuevo artículo 114LH).

... Retomando la anterior sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143) ((asunto C-618/2010), ha establecido: “ que El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.

Y es doctrina mayoritaria en las Audiencias Provinciales (entre las resoluciones más recientes, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 13 de julio de 2012 y todas las que en ella se citan, sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 5 de julio de 2012 y Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1ª, de 28 de septiembre de 2012) la que considera abusivas las cláusulas que establecen unos intereses moratorios a un tipo anual superior a 2,5 veces el legal del dinero, índice que se toma como referencia aunque no resulten aplicables directamente las previsiones del artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo (RCL 1995, 979, 1426) (Directiva 93/13 de la CEE, artículos 2 y 10 de la Ley 7/98 (RCL 1998, 960) de Condiciones Generales de la Contratación , 10 bis de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios (RCL 1984, 1906) -actualmente, artículo 85.6 en relación con el 83 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre - y la enumeración de cláusulas de su Disposición adicional I, así como artículos 83 , 85 y 89 , y 19.4 Ley de Crédito al Consumo). Esta Au-

diencia Provincial, en pleno no jurisdiccional entendió que se consideraba abusivo el interés de demora superior al 20%, criterio que lógicamente ha de adaptarse la nueva normativa y con ello acudir al establecido en la misma en el sentido de que no sea superior al triple del interés legal del dinero.

En consecuencia, las cláusula que establece un interés moratorio del 29% son nulas por abusivas por superar en exceso el índice de referencia señalado en los años de concierto de los contratos por aplicación del Real Decreto legislativo 1/2007 y ser desproporcionados en relación con los tipos de morosidad establecidos en las fechas de los contratos por el Banco de España y otros organismos oficiales y en relación con los intereses del mercado de los mismos productos en reiteradas fechas y teniendo presente la doctrina jurisprudencial europea expuesta en relación con la normativa especial protectora de los consumidores y usuarios, no cabe integrar las cláusulas, ni moderar los intereses abusivos, sino, sencillamente, dejar sin efecto la cláusula nula y su aplicación por superar los tipos el índice de referencia reiterado y carecer de efectos vinculantes para el consumidor, lo que conduce a excluir de la reclamación de la demandante y de la condena de la demandada los intereses moratorios”.

CDR

CAPACIDAD DE LAS PERSONAS. REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD: DESESTIMACIÓN. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 8 de mayo de 2013.

La Audiencia no aprecia razón o motivo alguno para dejar sin efecto lo acordado en la Sentencia de instancia, respecto de la pretensión de reintegrar parcialmente la capacidad del apelante, declarado incapaz para el gobierno de su persona y sus bienes por Sentencia de 20 de abril de 1990; y esto “*es así porque la misma se fundamenta en la exploración personal que hace el Juez de instancia (...), además de lo informado por el Médico forense (...) donde manifiesta que se encuentra totalmente anulada la capacidad de autogobierno (...), después de referir los antecedentes, las características externas y exploración física, exploración psíquica y las capacidades adaptativas*”.

No obstante, y al hilo de su pronunciamiento, la Audiencia reconoce “*la posibilidad de revisar la declaración de incapacidad efectuada en su momento, siempre que sobrevinidas nuevas circunstancias así lo permitan, tal como determina el artículo 761 LEC*”.

Así el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 9 de octubre de 2002, ha dicho que: *“En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 Código Civil (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (art. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación. La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable” (f.j. 2º).*

AC

MATRIMONIO DE COMPLACENCIA. NULIDAD POR FALTA DE CONSENTIMIENTO. RESERVA MENTAL: ESTIMACIÓN. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 8 de febrero de 2013.

La Audiencia estima el recurso de apelación entablado por don Estanislao, y declara la nulidad de su matrimonio, en contraste con la llamativa Sentencia de instancia, que desestimó la demanda promovida por el ahora recurrente contra doña Penélope, en situación procesal de rebeldía, y declaró *“la validez del matrimonio formado por los anteriores con todos los efectos legales inherentes a este pronunciamiento”*.

En la demanda se acredita que las partes contrajeron nupcias en La Habana el 13 de marzo de 2008; que tras la boda regresó a España el actor, y la demandada no pudo viajar hasta el 6 de junio, una vez obte-

nidos los permisos correspondientes, “si bien nada más llegar su intención fue la de no convivir con <su> mandante, pretendiendo establecer su domicilio en residencia distinta a lo que sería el domicilio del demandante y por ende el conyugal, soliviantando a tal efecto los recursos económicos para culminar sus pretensiones”; que el 12 de junio otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales acordando el régimen económico de separación de bienes; que, “al no acceder <su> poderdante a las pretensiones de la contraparte, procedió a regresar a la República Cubana tan pronto como encontró billete de vuelta, siendo la fecha en que lo hizo el día 13 de junio de 2008 a las 14:50 horas, esto es, que la estancia y por ello la convivencia duró apenas cinco días, si bien no fue inferior por la falta de localización de plaza de avión para el regreso”; que, por último, “la intención de la demandada no era la de contraer matrimonio, sino la de buscar una vida en España, para lo cual era necesario contraer matrimonio con un ciudadano español, en definitiva, que estamos ante un matrimonio de complacencia, por lo que el consentimiento del apelante está viciado, pues lo prestó con desconocimiento y engaño”.

La Audiencia cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de noviembre de 2009: “Debe tenerse en cuenta que la declaración de nulidad del matrimonio es de naturaleza excepcional, su formulación debe estar absolutamente ponderada, y su declaración ante la radicalidad de efectos que comporta, debe estar total y sólidamente fundada en una congruente valoración crítica de las circunstancias concurrentes que permitan sostener sin duda alguna que a pesar de la apariencia no existió consentimiento matrimonial. (...) CUARTO: En primer lugar debemos recordar que la reserva mental como causa de nulidad del matrimonio está prevista en el primer párrafo del artículo 45 del Código Civil y su concordante artículo 73.1º del mismo Código sustantivo que indica que “Es nulo: El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”. Existe reserva mental en el matrimonio cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia, mantenida conscientemente, entre el querer interno y el querer manifestado en la celebración, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos, a través de la prestación de ese consentimiento aparente. Dicho en otros términos, por reserva mental dentro del contexto matrimonial, debe entenderse la voluntad mantenida internamente por uno de los contrayentes de conseguir un propósito determinado, acompañada de la declaración de consentir matrimonialmente, no queriendo realmente contraer matrimonio, sino conseguir esa finalidad oculta, para lo que el matrimonio aparentemente celebrado constituye un instrumento idóneo. De tal definición se derivan y desprenden las características esenciales de la reserva mental, que son: a) La gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes de la divergencia entre lo internamente querido y lo manifestado. b) El secreto y desconocimiento para la otra parte, conlleva un engaño a ésta, y normalmente para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental. c) La existencia de una

verdadera intención oculta, un fin realmente querido que se pretende conseguir mediante la celebración de un matrimonio aparente, por lo que no coincide con la voluntad negocial declarada, no querida realmente. Debe existir por tanto, unilateralidad de la reserva mental, ocultación al otro contrayente, y divergencia consciente entre la voluntad declarada y la voluntad negocial. La existencia de la reserva mental en uno de los contrayentes al celebrarse el matrimonio, supone la ausencia de voluntad matrimonial y la existencia de una voluntad interna dirigida a conseguir un propósito determinado, que la otra parte no conoce. La existencia de falta de consentimiento como causa de nulidad matrimonial es difícil de probar como difícil es en general conocer y probar con exactitud la voluntad interna de otra persona. Pero, se puede deducir la falta de consentimiento del análisis de los hechos previos, coetáneos y posteriores y del comportamiento del “contrayente”, teniendo en cuenta que en un proceso lógico de actuación, la voluntad negocial declarada conlleva al menos, la predisposición de la persona a su cumplimiento” (f.j. 2º).

AC

MATRIMONIO. DIVORCIO: IMPROCEDENCIA. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: CARÁCTER RESTRICTIVO DE LA INAPLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA POR INVOCACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 2 de mayo de 2013.

La Audiencia revoca la resolución dictada por el Juzgado de instancia, que estimó la demanda de divorcio interpuesta por la esposa, en contra del criterio del demandado, ambos de nacionalidad ecuatoriana y casados en Ecuador, y residentes en España; mantiene el recurrente que ha de rechazarse la pretensión, pues ha de aplicarse la ley nacional común, la ley ecuatoriana, que exige para que se declare el divorcio, cuando no es de mutuo acuerdo, la concurrencia de una de las causas previstas al efecto; el Juzgado de instancia acudió al orden público para justificar la aplicación del derecho español, descartando así la regla general que es la aplicación de la ley nacional de las partes.

La Audiencia afirma de manera preliminar la competencia de los Tribunales españoles para conocer de los conflictos que se susciten en territorio español entre extranjeros, con arreglo al art. 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al art. 36 LEC, y al art. 3.1.a) del Reglamento (CE)

2201/2003, de 27 de noviembre, sobre Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, conforme al cual en asuntos, entre otros, como el del divorcio, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, como es el caso (f.j. 1º).

Respecto del derecho aplicable, el art. 107 del Código civil establece que

“1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la Ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.

b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público”.

La Audiencia señala, citando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de julio de 2003, que “de este modo la Norma española viene a completar y dar adecuada protección jurídica a aquellas situaciones que, bajo el amparo de ordenamientos basados en tradiciones ajenas a la occidental, encubrían una discriminación, no amparaban suficientemente a los afectados por la crisis matrimonial o simplemente se enfrentaban a los principios y garantías que configuran el orden público español”.

También se remite a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 23 de mayo de 2012, según la cual *“la inaplicación de la Ley extranjera por invocación del Orden Público Internacional español ha de tener*

carácter restrictivo. Así se desprende de reiterada doctrina del Tribunal Supremo expuesta, entre otros, en los Autos de 23 de febrero de 1999 y 12 de mayo de 1998. No aplicar el derecho extranjero, al margen de los supuestos excepcionales que permiten dicha inaplicación, supone, además, una sentencia claudicante, no reconocible en el país de origen de los litigantes” (f.j. 1º).

En el caso de autos, “entiende la Sala suficientemente acreditado el Derecho ecuatoriano aplicable, cuya regulación no cabe mantener sea contraria al Orden Público español por el solo hecho de exigir cuando no hay acuerdo entre las partes la concurrencia de una causa (...). Hoy en día se viene identificando el Orden Público Internacional español esencialmente con los valores y principios constitucionales. Es por este motivo que el art. 107.2.c) del Código civil aclara que no sería aplicable nunca la Ley extranjera que (...) regulase la separación o el divorcio de forma discriminatoria (...) para alguno de los cónyuges. Pues expuesto lo que precede hay que concluir que no existe vulneración del orden público enfocado este concepto desde la perspectiva constitucional, máxime cuando vigente la Constitución de 1978 estaba regulado en el Código civil español un sistema de separación y divorcio causal”.

AC

CONTRATO DE PRÉSTAMO. NULIDAD POR INEXISTENCIA DE CAUSA: PROCEDENCIA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 4 de febrero de 2013.

El recurso de apelación de que conoce la Audiencia se interpuso frente a la sentencia del Juzgado de instancia, que desestimó íntegramente una demanda en que se pretendía la nulidad por falta de causa de un contrato de préstamo celebrado entre la demandante y el Banco de Santander, así como la restitución de las cuotas hasta entonces abonadas. La sentencia de instancia consideró que ni existía error en la prestataria, ni simulación del contrato, y que éste obedecía a una causa verdadera y lícita, cual era el abono de la diferencia entre el precio de la vivienda que se entregaba al banco en dación en pago por la deuda derivada de un préstamo hipotecario que gravaba la misma, y el valor de tasación de dicha vivienda, que era inferior al de la deuda, por lo que se cubrió la diferencia mediante el mencionado préstamo personal.

El fundamento del recurso se halla en la consideración de que en la escritura de dación en pago de la vivienda para saldar la deuda derivada de préstamo hipotecario, se hace constar que el importe de la misma asciende a 208.399,12 €, y que la finca objeto de dación en pago se valora según la escritura en esa misma cantidad, luego con la dación en pago se extinguió la deuda por completo y por tanto el contrato de préstamo suscrito para saldar una supuesta diferencia inexistente es nulo por falta de causa.

La Audiencia, en contra del criterio de instancia, se inclina por realizar una interpretación literal de la escritura de dación en pago que premia a la demandante con la anulación del contrato de préstamo y la devolución de las cantidades abonadas e intereses, por un importe de 2.714,70 €. Como fundamento jurídico de la misma, ofrece una exposición bastante convencional de la teoría de la causa de los contratos, con las consabidas referencias legales (art. 1274 y ss. del Código civil) y doctrinales, e incluso la distinción técnica de las figuras de la dación en pago (“datio pro soluto”) y del pago por cesión de bienes (“datio pro solvendo”), explicada con un exhaustivo aparato jurisprudencial.

A pesar del esfuerzo teórico realizado, la Sala se siente obligada a reconocer que *“no desconoce que, en efecto, las partes en las negociaciones previas tasaron la finca que se iba a dar en pago en una cantidad menor, y que concertaron en dichas conversaciones la concesión de un préstamo personal para saldar la diferencia, pero lo cierto es que llegado el momento de otorgar el verdadero contrato en escritura pública, pactaron lo que pactaron, que fue la cancelación total de la deuda mediante la valoración de la finca no en lo que previamente habían concertado sino en una suma mayor, equivalente al total de la deuda. Las razones por las que la entidad bancaria actúa de esa forma, que probablemente obedezcan a sus conveniencias contables o a ofrecer una mejor cuenta de resultados, son indiferentes, pues la escritura pública es el verdadero contrato y es tan clara en lo que dice que deja al préstamo impugnado huérfano por completo de causa”* (f.j. 4º).

AC

ARRENDAMIENTOS URBANOS. EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO: DIFERENCIA EN EL PRECIO DE VENTA ENTRE EL DECLARADO EN ESCRITURA PÚBLICA Y EL REAL. Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 13 de marzo 2013.

La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda, declarando el derecho de retracto de la demandante sobre la finca arrendada, por el precio realmente pagado de 120.000 € más gastos. La demandante, ahora recurrente, sostiene que el precio para el ejercicio del retracto debía ser de 72.000 € por ser la única cantidad acreditada como precio, y subsidiariamente interesa que se desestime su petición, con condena de la parte demandada al pago de costas. Argumenta que en la sentencia se incurre en error al valorar la prueba y se infringen los preceptos que rigen los documentos públicos y la eficacia de los contratos, pues los demandados pactaron la venta en escritura pública por un precio de 72.000 €, que es la única cantidad que ha quedado acreditada. También sostiene que la discrepancia entre la cantidad de 72.000 € y la que se dice efectivamente satisfecha de 120.000 €, de ser cierta obedecería a una causa torpe, con un propósito de fraude fiscal de desahuciar a la arrendataria. Por último funda su petición subsidiaria en la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y del principio de justicia rogada, pues en la sentencia se decide algo no pedido por las partes, al estimar en parte la demanda, declarando el derecho de retracto por el precio de 120.000 €, a pesar de que lo único solicitado fue el derecho de retracto por la cantidad de 72.000 €, sin petición por el otro importe.

La Audiencia no estima la alegación sobre error en la prueba, pues *“con independencia de que en escritura pública se afirmara que la vivienda discutida se vendía por un precio de 72.000 €, consta que el precio realmente pagado fue de 120.000 €: en primer lugar por el documento privado aportado, que no ha sido impugnado como se pone de manifiesto en la sentencia; en segundo lugar por la prueba testifical del padre de los vendedores y la de la usufructuaria de la vivienda, que afirma haber percibido 12.000 € como el 10% del precio satisfecho. Por ello no hay motivo para suponer que la señora juez incurriera en error al valorar la prueba cuando el precio realmente pagado de 120.000 € se acredita con un documento y dos testimonios concordantes. Tampoco se observa infracción de las normas que rigen los documentos públicos y la eficacia de los contratos, especialmente los artículos 1218 y 1279 del Código civil, ya que la presunción de veracidad del documento público contenida en el primero de los artículos, no es una presunción “iuris et de iure” (que excluiría la posibilidad de practicar prueba sobre el hecho presumido), sino que cede ante la prueba en contra practicada”* (f.j. 2º).

“Además, si la diferencia de precio entre el declarado en documento público y el real obedeció a razones de fraude fiscal, como alega la parte recurrente, la sanción a dicho comportamiento no es la de fijar como precio real el fingido, sino la prevista en las normas fiscales para estos casos, por lo que en la sentencia

acertadamente se ha decidido su remisión a la administración por si el hecho fuere constitutivo de alguna infracción fiscal o aflorara ingresos que no han sido declarados ante la hacienda pública” (f.j. 4º).

Tampoco aprecia la Audiencia infracción procesal alguna, pues *“en la sentencia se estima en parte la demanda, en ella se solicitaba el reconocimiento del derecho a retraer por un importe de 72.000 €, y el fallo reconoce este derecho pero en peores condiciones, ya que el precio realmente pagado fue de 120.000 €. La Sala no acierta a comprender por qué el recurrente considera infringido el artículo 549 LEC que regula las demandas ejecutivas y que no ha sido infringido, por otro lado también se han cumplido los 216 y 218 de la misma ley, ya que en la sentencia se da cumplida respuesta a las cuestiones planteadas por las partes, estimando en parte la pretensión de la actora ahora recurrente, es claro que cuando se estima la demanda sólo en parte, como en este caso, se está desestimando el resto de la pretensión, sin necesidad de decirlo expresamente” (f.j. 5º). Razones por las cuales se desestiman “las alegaciones de la recurrente y su recurso de apelación, confirmando la sentencia e imponiéndole las costas de esta segunda instancia, por disponerlo así la Ley” (f.j. 6º).*

AC

PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHOS DE AUTOR. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES: PROCEDENCIA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 8 de enero de 2013.

Contra la sentencia de instancia, que condena al demandado a indemnizar en la cuantía de 6.000 € en concepto de daños morales, al titular de la obra destruida, recurren ambas partes en apelación. El demandante pretende, más allá de la indemnización de los daños morales, la condena al pago de la reconstrucción del mural destruido, reclamación que la Audiencia desestima de forma poco justificada, porque *“no parece que sea posible conseguir la réplica de lo destruido”*, y porque considera que *“los desperfectos del mural en cuanto obra artística del actor ya han sido indemnizados por daño moral” (f.j. 3º).*

El demandado fundamenta su recurso en la falta de legitimación del actor, y en su oposición a la resarcibilidad de los daños morales. El primero de los motivos del apelante se funda en la información periódica que se refiere al artista *“Jaime, en 70 m2 de azulejos, (...) más de*

cuarenta artistas de todo el mundo han colaborado en la obra”, lo que viene a demostrar que el actor no es el único propietario de la obra (art. 7.4 de la Ley de Propiedad Intelectual); sin embargo, la Audiencia considera que “la forma de “colaboración” es tan genérica que impide la concreción de la misma y, por tanto, su posible valoración a los efectos de (...) <si> es con concepto de coautor o de mero auxiliar (...); en segundo lugar, porque si se aplican las reglas establecidas en el Código civil para la comunidad de bienes, nada impide a uno de los comuneros ejercitar acciones en beneficio de la Comunidad, como así se ha dicho por esta Audiencia Provincial en sentencia de 24 de julio de 2008:

“Así razona la Juez a quo en primer lugar, tras exponer la situación fáctica planteada, la materia de la legitimación ad causam en el ámbito de la comunidad de bienes o copropiedad y la posibilidad de ejercicio por alguno de sus miembros de acciones en beneficio común. En efecto conforme a las disposiciones de los arts. 392 y 394 del Código civil, se entiende incluida en las facultades de todo partícipe de la comunidad de bienes la posibilidad de acudir a juicio a ejercitar y defender los derechos comunitarios. Por lo tanto, el condueño puede entablar la acción reivindicatoria en beneficio de todos (Cfr. SSTs de 28.04.1923, 17.06.1927, 09.06.1953 y 24.10.1973), así como la acción resolutoria de contrato de arrendamiento o desahucio por precario (SSTs de 07.07.1954 y 25.01.1958) (...). La moderna Jurisprudencia, por otra parte, ha venido apuntalando esta línea hermenéutica, y así podemos citar como ejemplo la STS de 24.06.04 o la de 13.02.03, en la que puede leerse lo siguiente: “la comunidad de bienes, conformando comunidad hereditaria, la representación de la misma corresponde a los coherederos que no hubieran renunciado a la sucesión y por ello pueden ejercitar las acciones útiles y beneficiosas para la misma (sentencias de 18-4-1952, 8-5-1953, 8-4-1992, 1-7-1995 y 11-6-1998), y en definitiva cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio y ejercitar acciones que competan a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la misma (sentencias, por todas, de 10 de junio de 1981, 3 de febrero de 1983, 18 de diciembre de 1989, 17 de abril de 1990, 8 de abril de 1992 y 6 de junio de 1997”.

“El segundo motivo que se esgrime por el apelante consiste en mostrar su oposición a la indemnización por daño moral (...), porque el autor del mural no tenía permiso de la copropiedad del muro medianero; que no ha cobrado cantidad alguna por la realización de murales; que el mural está en el interior de una vivienda particular y que la obra se ha realizado con azulejo recortado”, circunstancias consideradas irrelevantes por la Audiencia a efectos de la procedencia de la indemnización.

“El daño moral constituye una noción dificultosa (STS 22 mayo 1995), relativa e imprecisa (SSTs 14 diciembre 1996 y 5 octubre 1998). Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito

al contractual (SSTS 9 mayo 1984, 27 julio 1994, 22 noviembre 1997, 14 mayo y 12 julio 1999, entre otras), adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del «pretium doloris» y los ataques a los derechos de la personalidad (S. 19 octubre de 1998). Ciertamente que todavía las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo), los ataques al prestigio profesional (Sentencias 28 febrero, 9 y 14 diciembre 1994 y 21 octubre 1996), propiedad intelectual (igualmente con regulación legal), responsabilidad sanitaria (Sentencias 22 mayo 1995, 27 enero 1997, 28 diciembre 1998 y 27 septiembre 1999) y culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho (S. 27 julio 1994), ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual (SS. 12 julio 1999, 18 noviembre 1998, 22 noviembre 1997, 20 mayo y 21 octubre 1996), lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria. La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (Sentencias 22 mayo 1995, 19 octubre 1996 y 24 septiembre 1999). La reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (S. 23 julio 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (S. 6 julio 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S. 22 mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (S. 27 enero 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S. 12 julio 1999)».

AC

SOCIEDAD ANÓNIMA. LIQUIDACIÓN: PAGO DE LA CUOTA CON UNA CESIÓN DE CRÉDITO. ACCIÓN DE RENDICIÓN DE CUENTAS: DESESTIMACIÓN. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 26 de febrero de 2013.

La recurrente, socia de la sociedad en liquidación A, alega que nunca aceptó que parte de la cuota de liquidación que le correspondía se le pagase mediante una cesión del crédito de que la sociedad A era titular frente a la sociedad B, no habiéndosele satisfecho dicha cantidad en otra forma, aunque por escritura pública de 3.3.09 el demandado, liqui-

dador de la sociedad A, la declarase extinguida y satisfechas las cuotas de liquidación de todos los socios. Sin embargo, la acción ejercitada no es la de reclamación de responsabilidad al liquidador (art. 279 LSA), ni la de nulidad del proceso de liquidación, porque la apelante considerase que no se le ha abonado la cuota que le correspondía del haber social antes de finalizar el mismo, sino una acción de rendición de cuentas del art. 273 LSA.

La acción de rendición de cuentas está *“única y exclusivamente dirigida al cumplimiento por el demandado liquidador del deber legal, como de todo administrador de bienes ajenos, de informar a los socios del estado de la liquidación, es decir, informar de todas las gestiones realizadas en el desempeño de su cargo, pagos y cobros y en general la demostración de toda la actividad desarrollada por él, obligación correlativa al derecho del socio a tener dicha información”*.

“Dada la acción ejercitada, no ha de analizarse aquí si tal cesión se perfeccionó por consentimiento de la apelante o si tal cesión era válida o no, sino si la demandante estaba suficientemente informada de que por esta vía se configuraba el pago de su cuota en la liquidación del haber, y dejando para el ejercicio de otras acciones de impugnación de la liquidación la resolución de tales cuestiones porque son precisamente su objeto. Por ello mismo esta Sala no debe entrar a considerar los abundantes fundamentos del recurso sobre la inexistencia de consentimiento en la cesión, o sobre la invalidez de la declaración de extinción por terminada la liquidación, o sobre quién podía o debía gestionar el cobro del crédito o si puede hacerse tras la extinción, sino únicamente si a la demandante y apelante le fue puesto en su conocimiento, por la debida información del liquidador, la concreta liquidación que se estaba gestionando, siendo las demás consideraciones el objeto propio de una acción de nulidad del proceso de liquidación o incluso de petición de responsabilidad al liquidador. Por todo ello, debe considerarse que, en contra de lo que alega el recurso, la sentencia no valora la prueba para determinar si existió o no aceptación de la cesión (interrogatorio de la actora), ni valora la documental constituida por las escrituras públicas aportadas, en concreto la de 2009, para dar por cierto y válido lo en ella declarado unilateralmente por el liquidador, como determina el recurso, por el contrario la sentencia valora la prueba para apreciar de toda ella el grado de conocimiento por la demandante, a través de lo comunicado por el liquidador, del reparto y la liquidación que se iba a realizar del haber social, que es el restringido objeto de la acción que ha optado la demandante por ejercitar” (f.j. 2º).

“Así centrada la controversia, la sentencia apelada considera muy acertadamente que a la demandante le fueron rendidas cuentas debidamente durante todo el proceso de liquidación y hasta su extinción. Consta en la causa que 1º) la apelante tuvo conocimiento en la Junta de 26.6.06 del informe de gestión del

liquidador, del balance de situación, de la cuenta de pérdidas y ganancias y del proyecto de división del haber social, si bien en éste todavía no se informó del pago de parte de la cuota de liquidación de todos los socios mediante la cesión del crédito frente a B en la cuantía que a cada uno correspondía, 2º) la apelante tuvo conocimiento por información transmitida por el liquidador de la escritura pública de 3.3.09 (extinción por fin de la liquidación) en cuya documentación unida aparece certificación del liquidador de que 378.715,67 €, parte de la cuota de liquidación que le correspondía a ella, expresamente se le “adjudicaban” del derecho de crédito frente a la sociedad B, es decir, que se informó a la apelante de la adjudicación a su favor, aunque la recurrente lo niegue, otra cosa es que sea válida tal adjudicación, lo que como se ha dicho no es objeto del procedimiento presente (...), por disposición de la propia apelante al elegir entre las acciones abiertas por Ley para la defensa de sus derechos la ahora concretamente ejercitada con un objeto restringido que no puede integrar la decisión sobre aquellas otras cuestiones. El recurso en definitiva no puede prosperar” (f.j.3º).

AC

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA AMBOS ADMINISTRADORES, CASADOS ENTRE SÍ: PROCEDENCIA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 11 de junio de 2013.

La sentencia de instancia estimó la acción de responsabilidad ejercida contra los codemandados por ser los administradores de la sociedad deudora, y les condenó solidariamente al pago a favor de la parte actora de la suma de 657.932,31 €, más los intereses legales y costas. La codemandada recurrió en apelación alegando que “*la disposición de tal responsabilidad ex lege no impide que haya de concurrir el requisito de imputabilidad al administrador, que en este caso no concurre puesto que (...) la apelante ignoraba por completo que era la administradora solidaria de la sociedad, lo que no conoció, según aduce, hasta que con asistencia letrada pasó a preparar el convenio de liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio que formaba con el codemandado (también administrador de la sociedad), por lo que, en consecuencia, también ignoraba la situación de pérdidas de la sociedad que obligaba a disolver la misma o a promover concurso, habiendo cesado de participar en la sociedad el 4.1.10 (la deuda nació por sentencia de 19.1.10), cuando en el convenio regulador de la separación matrimonial, en la liquidación de gananciales obrante al mismo, se le adjudicaron al marido la totalidad de participaciones*

sociales, todo ello en el seno de un conflicto matrimonial desde tiempo, alegando asimismo que ante terceros (según la testifical) siempre actuó por la sociedad el otro demandado, y también actuó como administrador único ante la demandante (contrato de arrendamiento del que procede la deuda). Alega asimismo la inaplicabilidad al caso de la Ley de Sociedades de Capital, en vigor sólo desde septiembre de 2010, y que no ha concurrido buena fe en el acreedor, que conocía la situación precaria de la sociedad de la que estaba nombrada administradora la apelante cuando concertó el contrato de arrendamiento, y asumió así anticipadamente la posibilidad de impago”.

En primer lugar, la Audiencia coincide con la apelante respecto a que la *“LSC no puede aplicarse retroactivamente a un supuesto de hecho dado antes de su entrada en vigor (...). En nuestro ordenamiento las leyes no tienen carácter retroactivo, salvo que así lo dispongan de modo expreso o salvo que se trate de normas sancionadoras que benefician al afectado por ella, art. 2.3 del Código civil (...) <y> Disposición Transitoria Primera del Código Civil (...); <además>, la responsabilidad del administrador por deudas sociales en los supuestos en que no se ha procedido a la disolución no es una sanción, como así lo recoge la sentencia 225/2012 de 13 de abril, con cita de las sentencias 923/2011 de 24 de noviembre, 680/2010 de 10 de noviembre y 458/2010 de 30 de junio, y ello porque junto a la obligación de responder de las deudas sociales, existe el derecho del acreedor, y además porque nada impide al administrador repetir luego contra la sociedad, algo que no podría darse si se estima que se trata de una sanción (...). La aplicación de la LSC al caso dado supone una irregularidad en la sentencia apelada. Pero ello, sin más, no determina la nulidad de la sentencia porque la acción ejercitada es aquella que permite dirigirse contra los administradores sociales por responsabilidad solidaria con la sociedad cuando no convoquen junta para que se acuerde la disolución, concurriendo causa para ello, o soliciten el concurso, apreciándose que la sociedad estaba incurso en causa de disolución sin haberse disuelto. Esta acción se amparaba legalmente en la anterior LSRL, art. 105, y se ampara igualmente en la actualidad en la LSC (...), la legislación anterior y la actual regulan la responsabilidad por la que se reclama en los mismos supuestos y con los mismos requisitos examinados en la sentencia y las divergencias de régimen no afectan a este caso concreto. En realidad, existe así una irregular aplicación de una Ley no vigente, infringiendo las normas de Derecho Transitorio, pero realmente la norma aplicada en lo que aquí interesa (...) no difiere en su contenido y regulación respecto de la norma que debió aplicarse, pues ambas para el concreto mismo supuesto de hecho establecen la misma consecuencia jurídica” (f.j. 2º).*

El art. 105 LSRL establece el carácter ex lege y cuasi objetivo de la responsabilidad del administrador de la sociedad, excepto para el caso de incumplimiento de la obligación de promover la disolución o el

concurso, que le debe ser imputable, de forma que como señala la STS 30.4.08: *“la Jurisprudencia actual entiende la necesidad de templar su apreciación y consecuencias en razón de la valoración de la conducta de los responsables, atendiendo a las circunstancias de carácter objetivo y subjetivo concurrentes y, entre las segundas, aunque los administradores soporten la carga de la prueba, considera las que demuestren acciones significativas para evitar el daño o que se encuentren ante la imposibilidad de evitarlo o por encontrarse en situación ya irreversible”* (f.j. 3º).

Como prueba de la inimputabilidad de su conducta, la recurrente alega el absoluto desconocimiento de su cualidad de administradora de la sociedad, y que nunca actuó en el tráfico en nombre de la misma; pero *“consta designada como tal administradora en el correspondiente documento público de constitución de la sociedad publicado en el Registro, y (...) estos documentos reunían todos los requisitos legales, por lo que es cargo que hubo de aceptar”*. Es más: si no ejercía el cargo de administradora, *“ello no es causa de exoneración de su responsabilidad, como señala la STS 10.11.10, porque habría podido conocer la situación de la sociedad de ajustar su comportamiento al de un ordenado empresario entre cuyos deberes figura el de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (art. 225.2 LSC y 127.2 LSA), por lo que no cabe escudar la inimputabilidad en la propia ignorancia ya que la falta de información no deja de ser paradigma del incumplimiento de la referida obligación”*. Como señala la Sentencia de la A.P. Madrid de 15.6.12: *“no desconoce la Sala que la realidad social nos ofrece múltiples supuestos en los que personas que no tienen intención de ejercer como administradores de sociedades mercantiles aceptan sin embargo esa clase de cargos. Pero esa realidad social no nos permite subvertir los términos naturales del débito, y de su mera constatación no cabe colegir el surgimiento de una figura societaria inmune a la responsabilidad de los administradores sociales. Antes bien, la asunción explícita de que no se lleva a cabo gestión administrativa de clase alguna (ni siquiera funciones in vigilando) lejos de representar un argumento de carácter exoneratorio constituye un elocuente reconocimiento de la ligereza del administrador que así actúa al abdicar sin justificación alguna de las responsabilidades inherentes a un cargo que ha aceptado voluntariamente asumiendo las obligaciones que a él son inherentes”, y añade que el Tribunal Supremo sólo en supuestos extremos en que se prueban intentos de conocer obstaculizados por otras personas admite la exoneración de responsabilidad porque se intentó cumplir, pero fue imposible lograrlo”*.

Respecto de la eficacia del convenio regulador de la separación y de liquidación de gananciales, por el que la apelante dejó de tener participaciones en la sociedad, *“lo cierto es que estamos ante un documento privado fechado 15 días antes de dictarse la sentencia de que dimana la deuda, conociendo por tanto la existencia del pleito y la importancia de la reclamación efectuada*

en el mismo, fecha que carece de corroboración alguna pues este documento no se presentó ante el Juzgado para ser aprobado sino más de un año después, en Febrero de 2011 (...); así, este documento privado de enero de 2010 no es más que una documental confeccionada unilateralmente por ambos administradores (aquí responsables y codemandados) sin prueba alguna de su real fecha. Desde luego, el convenio no se podía considerar vigente sino hasta que fue aprobado por el Juzgado, y la liquidación de gananciales no tenía efectos a terceros a la fecha que figura en el mismo, y así, con base a esta fecha, sin más prueba que la apoye, no se puede apreciar que la apelante no fuera administradora cuando nació la deuda, algo que ya conocían las partes puesto que en el mismo documento privado señalan que ambas se comprometen a cambiar los órganos de administración precisos a fin de que la apelante careciera de participación alguna, dirección ni responsabilidad en la sociedad en que no participa” (f.j. 4º).

Por último, en relación a la actuación del acreedor, a la Audiencia no le merece ninguna consideración “*que se impute mala fe a la acreedora por no solicitar el concurso de la sociedad, cuando los primeros que hubieron de promover dicho concurso por obligación legal eran los propios demandados y con ello la hoy apelante, y no lo hicieron, ni que se le impute mala fe porque no haya ejecutado previamente la demandante la sentencia dictada contra la sociedad cuando la presente acción <de responsabilidad de los administradores>, con reiterada Jurisprudencia de todos conocida, es autónoma y no subsidiaria de aquella otra entonces ejercitada” (f.j. 4º).*

AC

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA (DE 1 DE ENERO DE 2014 A 31 DE OCTUBRE DE 2014)

M^a del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Ayudante de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA - NÚMERO 56 - DICIEMBRE 2014

SUMARIO

I. Enumeración, por orden cronológico, de las diversas leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha entre el 1 de enero y el 31 de octubre de 2014.

II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas.

RESUMEN

Esta crónica hace referencia a la actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha desde el 1 de enero al 31 de octubre de 2014.

PALABRAS CLAVE

Cortes, región y actividad legislativa.

ABSTRACT

This article refers to the legislative activity that the Regional Parliament of Castilla-La Mancha, from January 1 to October 31 of 2014.

KEY WORDS

Parlament, Autonomus Region and legislative activity.

I ENUMERACIÓN, POR ORDEN CRONOLÓGICO, DE LAS DIVERSAS LEYES APROBADAS POR LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA ENTRE EL 1 DE ENERO Y EL 31 DE OCTUBRE DE 2014.

Durante dicho periodo se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 6 leyes, lo cual vuelve a poner de manifiesto, si bien todavía quedan dos meses para que finalice el año, que el número de leyes aprobadas ha ido disminuyendo en los últimos años. Por ejemplo durante 2013 se aprobaron un total de 10 leyes, frente a las 18 que se aprobaron en 2010.

Como podemos observar, y también siguiendo la tónica de estos últimos años, el contenido de las mismas, en numerosos casos, hace referencia a la complicada situación económica del momento.

Concretamente las leyes aprobadas durante dicho periodo han sido:

- Ley 1/2014, de 24 de abril, de supresión de la Sindicatura de Cuentas
- Ley 2/2014, de 8 de mayo, de Museos de Castilla-La Mancha

- Ley 3/2014, de 21 de julio, de la garantía de la atención sanitaria y del ejercicio de la libre elección en las prestaciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha

- Ley 4/2014, de 21 de julio, de Reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha

- Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha

-Ley 6/2014, de Modificación de la Ley 9/2002, de 6 de junio, de creación del Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha y de la ley 8/2008, de 4 de diciembre, de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos.

II RESUMEN DE CADA UNA DE LAS LEYES APROBADAS

- Ley 1/2014, de 24 de abril, de supresión de la Sindicatura de Cuentas.

Publicada en el DOCLM núm. 95 (21-05-2014)

A través de la presente ley se suprime la Sindicatura de Cuentas en Castilla-La Mancha, como órgano fiscalizador externo del sector público de la Comunidad Autónoma. Se trata de una medida más, de las adoptadas en la región, para paliar las consecuencias de la coyuntura económica, y eliminar las duplicidades existentes en algunos organismos.

Los funcionarios de carrera que estaban desempeñando su función en la Sindicatura de Cuentas, serán reubicados en el puesto que corresponda según establece la propia ley, si bien el resto de personal cesará al momento de la entrada en vigor de la misma.

En cuanto a los bienes patrimonio de la Sindicatura, serán adscritos a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, hasta que se establezca su destino definitivo.

Aquellos asuntos en trámites, serán remitidos al Tribunal de Cuentas.

- Ley 2/2014, de 8 de mayo, de Museos de Castilla-La Mancha.

Publicada en el DOCLM núm. 100 (28-05-2014)

Se trata de una ley bastante amplia, que comprende un total de sesenta y cinco artículos, distribuidos en nueve títulos. El principal objetivo de la misma es regular todas las instituciones museísticas, de interés para Castilla-La Mancha y ubicadas en su territorio, y que son de su competencia.

Se entienden comprendidos en la presente ley; los museos, las colecciones museográficas y los centros de interpretación.

A lo largo de la ley se regulan todos los aspectos relativos a dichas instituciones museográficas tales como los requisitos para su creación o el procedimiento y las consecuencias del reconocimiento oficial como institución museográfica.

También se establece la creación de un Registro de Instituciones Museísticas de Castilla-La Mancha, en el que quedarán clasificadas todas estas Instituciones, sus deberes como tales y la forma en cómo serán tuteladas.

Además del personal adscrito a dichas Instituciones, también se prevé la forma de participación del ciudadano, para cuyo fomento se prevé la celebración de convenios especiales con determinadas instituciones como las universidades, fundaciones...

- Ley 3/2014, de 21 de julio, de la garantía de la atención sanitaria y del ejercicio de la libre elección en las prestaciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

Publicada en el DOCLM núm. 142 (25-07-2014)

Según se avanza en la propia exposición de motivos de la ley, el sistema sanitario de la región debe adaptarse a las nuevas necesidades de los castellanomanchegos, y tratar de ofrecer al paciente un mayor protagonismo dentro del sistema, considerándose que un mecanismo esencial para conseguirlo es permitir al paciente que elija su centro sanitario y al personal que quiere que lo atienda.

También se pretende incidir en los elementos que priorizan la atención de los pacientes, entendiendo que la gravedad de la enfermedad, y la eficacia y oportunidad de las intervenciones quirúrgicas, deben determinar el orden en las listas de espera.

Precisamente por ello la presente ley persigue dos objetivos; por un lado garantizar una respuesta adecuada de la atención sanitaria especializada, programada y no urgente, y por otra, regular el derecho a la libre elección de médico y centro sanitario.

En cuanto a los plazos máximos de respuesta, se establece que será la Consejería de Sanidad la que los fije, atendiendo a la gravedad de la situación, eficacia de la intervención, oportunidad de la misma y si la enfermedad tiene carácter invalidante para trabajar. Estos serán, por tanto, los criterios a tener en cuenta para priorizar a los pacientes dentro de las listas de espera.

- Ley 4/2014, de 21 de julio, de Reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.

Publicada en el DOCLM núm. 143 (28-07-2014)

A través de la LO 2/2014, se reforma el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, tratando de paliar, entre otras cosas, las consecuencias de la difícil situación económica que se viene produciendo en los últimos años.

Precisamente para afianzar y reforzar lo previsto en esa ley estatal, se elabora la presente ley, cuyo objetivo principal es la reducción de los diputados castellanomanchegos a 33, pues se considera que dicha disminución supone un ahorro económico y además la Cámara Legislativa se adapta a las circunstancias sociales concretas de la Comunidad Autónoma.

Se parte de la adjudicación de 3 escaños a cada una de las provincias, y el resto se repartirán de manera proporcional al número de habitantes de cada una de las circunscripciones.

- Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha.

Publicada en el DOCLM núm. 201 (17-10-2014)

Ya existía en Castilla-La Mancha una ley relativa al menor del año 1999, sin embargo, debido al tiempo transcurrido, se ha considerado necesario adaptar dicha regulación a las nuevas realidades sociales, para profundizar en la protección y promoción de la infancia y la adolescencia.

Se trata de una ley bastante amplia que consta de un total de ciento treinta y cinco artículos, distribuidos en nueve títulos.

El principal objetivo de la misma es proteger y atender, de manera integral, a la infancia y adolescencia de la región, estableciéndose como tareas primordiales para su consecución, entre otras, la garantía del ejercicio de los derechos que le son reconocidos, establecer actividades que fomenten estos derechos y el bienestar, y la protección de menores en situación de riesgo o desamparo.

También se establecen en la ley los derechos y deberes de los menores, pero también las responsabilidades de los padres, los ciudadanos y los poderes públicos respecto a ellos. Se pretende potenciar la posición de la familia, y que siga siendo el pilar básico en el desarrollo del menor y del adolescente.

Se hace especial hincapié en las instituciones de protección del menor, a través de las ya existentes figuras del menor de riesgo, y el menor desamparado, e incluyéndose una más, fruto de las nuevas realidades sociales, el menor con conductas inadaptadas.

Se regulan determinadas figuras esenciales como son el acogimiento o la adopción, fomentando el acogimiento familiar, y creando las Comisiones Provinciales de Tutela y Guarda de Menores, y la Comisión Regional de Adopción.

También se dedica parte de la ley a las medidas alternativas al internamiento cuando se trata de menores infractores, y se fomenta la mediación extrajudicial entre ellos y las víctimas.

-Ley 6/2014, de Modificación de la Ley 9/2002, de 6 de junio, de creación del Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha y de la ley 8/2008, de 4 de diciembre, de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos.

El principal objetivo de la presente ley es modificar el Consejo Regional de Relaciones Laborales y la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos, de tal forma que sus funciones ya no sean mera-

mente consultivas, sino que se les dote también de funciones de carácter decisorio.

Dicho cambio obedece a la modificación operada en el Estatuto de los Trabajadores en el año 2012, y que atribuye funciones decisorias, que hasta el momento eran solo de carácter consultivo, a la Comisión Nacional de Convenios Colectivos, y que disponía lo mismo para el órgano correspondiente en las Comunidades Autónomas.

A través de la presente ley se establece que el Consejo Regional desempeñará las funciones que venía realizando hasta el momento y aquellas otras que le atribuya la legislación vigente. En cuanto a la Comisión Consultiva, se añade a sus funciones habituales, la de poder ejercer funciones decisorias cuando surjan discrepancias.

NOTAS DE ACTUALIDAD

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

XV EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO

Toledo, del 12 al 29 de enero de 2015

PRESENTACIÓN:

La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la XV Edición de los CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO,

La XV Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para Iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 12 al 29 de enero de 2015, en la que profesionales del ámbito académico, político y de la administración pública vuelven a darse cita para tratar sobre temas de actualidad jurídica internacional. Para esta edición, como novedad se impartirán tres Cursos de Postgrado Intensivos que se desarrollarán durante dos semanas, del 12 al 22 de enero de 2015.

Estos Cursos tienen como objetivo lograr una capacitación teórica y práctica para el desarrollo profesional vinculado a las áreas jurídicas y fomentar el intercambio de conocimientos y experiencias de profesionales iberoamericanos. En este sentido, La Universidad de Castilla-La Mancha desarrolla programas de intenso intercambio académico con universidades americanas en los más variados ámbitos de la investigación y la docencia, y estos cursos de postgrado responden a la voluntad de potenciar los vínculos en el campo jurídico, habida cuenta del acervo común y el fluido intercambio de conocimientos jurídicos que históricamente han existido y existen entre Iberoamérica y España.

La experiencia acumulada en las ediciones anteriores, con la participación de excelentes profesores e ilustres conferenciantes de universidades europeas y americanas, hace que estos cursos se hayan convertido en un importante lugar de encuentro entre juristas españoles e iberoamericanos. Los temas seleccionados para esta edición son del máximo interés en el actual contexto jurídico internacional, siendo los siguientes:

CURSOS DE POSTGRADO TRES SEMANAS (12 AL 29 DE ENERO DE 2015):

1501: Medio ambiente y mercado: los retos del nuevo derecho ambiental

1503: Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual

1505: Derechos Fundamentales y Garantías constitucionales en el derecho penal y procesal penal

1507: El Derecho Constitucional del trabajo. Crisis y desarrollos en Europa y en España

1508: Fusiones y adquisiciones de empresas (M&A)

1509: Negociación y mediación: estrategias y prácticas para la gestión y resolución de conflictos

CURSOS DE POSTGRADO INTENSIVOS (12 al 22 de enero de 2015):

1502: Contratación pública: modelos comparados desde la globalización

1504: Control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales

1506: Prevención de la corrupción en los sectores público y privado