



Revista Aragonesa
de
Administración Pública

43-44

2014

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

43-44

Año 2014

REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).
2. Los epígrafes que subdividan la exposición responderán a la siguiente secuencia: **I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES: 1. Subdivisiones intermedias: A) Subdivisiones finales**. Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.
3. El trabajo irá encabezado por un **SUMARIO** que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un **RESUMEN** y la identificación de unas *Palabras clave*, ambos en español y en inglés.
4. Los trabajos han de incorporar la **BIBLIOGRAFÍA** citada al final de los mismos, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (libro, artículo de revista, colaboración en libro colectivo):
GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 325 pp.
MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», en *Revista de Administración Pública*, núm. 71, pp. 423-442.
PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione Della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.
5. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán conforme al modelo: GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: p. 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...
6. Los originales se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.
7. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, NIF, número de cuenta corriente (20 dígitos), dirección postal, número de teléfono y dirección de correo electrónico.
8. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista Aragonesa de Administración Pública conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 2341-2135

Depósito Legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

SUMARIO

RArAP núm. 43-44 (2014)

	Páginas
Consejo Asesor.....	6
Lista de colaboradores	7
ESTUDIOS	
A. GARCÉS SANAGUSTÍN: <i>La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables</i>	9
D. FERNÁNDEZ DE GATTA: <i>La participación privada en la conservación de los recursos naturales: el régimen jurídico de la custodia del territorio</i>	71
M.A. FRANCO GARCÍA: <i>La protección civil en la mar: el sistema español de respuesta ante la contaminación marina accidental</i>	112
J.I. CUBERO MARCOS: <i>La obtención de gas esquistoso mediante fracturación hidráulica (fracking): un análisis coste-beneficio para un tratamiento regulatorio adecuado</i>	178
DEBATES	
M.T. CANTÓ LÓPEZ: <i>La planificación y gestión de la Infraestructura Verde en la Comunidad Valenciana</i>	215
C. R. MARZAL RAGA: <i>La protección social del personal docente e investigador al servicio de la Universidad</i>	235
L. LATORRE VILA: <i>La propiedad de las llamadas fincas de reemplazo vacantes: el recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional sexta del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre</i>	270
M.C. BOLAÑO PIÑEIRO: <i>Informes de calidad del suelo en la normativa de suelos contaminados en la Comunidad Autónoma del País Vasco</i>	303
D. LÁZARO LAGUARDIA: <i>Responsabilidad de la Administración autonómica aragonesa ante el atropello de especies cinegéticas</i>	340
CRÓNICAS	
R. PÉREZ GUERRA: <i>La intervención administrativa en el sector turístico español: la política turística</i>	396

SUMARIO

S. DE MIGUEL ARIAS: *La Ley de Presupuestos de Aragón para 2014: contención del gasto público para cumplir el objetivo de estabilidad presupuestaria* 414

DERECHO COMPARADO

B. SORO MATEO, S.M. ÁLVAREZ CARREÑO y C. J. DURÁ: *El Farm Bill estadounidense. Un ejemplo a seguir como herramienta de custodia para la restauración de suelos históricamente contaminados por la minería* 434

M.A. TORREALBA SÁNCHEZ: *Consideraciones sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo venezolano* 458

BIBLIOGRAFÍA

A. BOTO ÁLVAREZ, *El enigma de la descentralización funcional*, Barcelona, 2013 (I. LASAGABASTER HERRARTE)..... 502

CONSEJO DE REDACCIÓN

Paula BARDAVÍO DOMÍNGUEZ
Directora General de Administración Local, Gobierno de Aragón

José María BESCÓS RAMÓN
Director General de Desarrollo Estatutario

Blanca SOLANS GARCÍA
Directora General de Presupuestos, Financiación y Tesorería, Gobierno de Aragón

Agustín GARNICA CRUZ
Director del Instituto Aragonés de Administración Pública

Jesús LACRUZ MANTECÓN
Director General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón

Ignacio MURILLO GARCÍA-ATANCE
Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, Gobierno de Aragón

Ramón SALANOVA ALCALDE
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón

CONSEJO ASESOR

Antonio CAYÓN GALIARDO
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad Complutense de Madrid

Manuel CONTRERAS CASADO
Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

Antonio EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Antonio FANLO LORAS
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja

Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

José María GIMENO FELIÚ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Jorge LACRUZ MANTECÓN
Asesor del Justicia de Aragón

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid

Luis POMED SÁNCHEZ
Letrado del Tribunal Constitucional

Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ
Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

José TUDELA ARANDA
Letrado de las Cortes de Aragón

Director: Fernando LÓPEZ RAMÓN
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Secretaria: Olga HERRÁIZ SERRANO
Letrada de las Cortes de Aragón

LISTA DE COLABORADORES

ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago M.:
Profesor Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
Murcia.

BOLAÑO PIÑEIRO, María del
Carmen: Investigadora Contratada,
Departamento de Derecho
Administrativo, Constitucional y
Filosofía del Derecho (Sección
de Vizcaya), Universidad del
País Vasco.

CANTÓ LÓPEZ, María Teresa:
Profesora Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
Alicante.

CUBERO MARCOS, José Ignacio:
Profesor Agregado de Derecho
Administrativo, Universidad del
País Vasco.

DE MIGUEL ARIAS, Sabina: Profesora
Ayudante Doctor de Derecho
Financiero y Tributario, Universidad
de Zaragoza.

DURÁ ALEMAÑ, Carlos Javier: Profesor
Contratado Doctor, Universidad de
Murcia.

FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio:
Profesor Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
Salamanca.

FRANCO GARCÍA, Miguel Ángel:
Comandante Auditor, Doctor en
Derecho, Las Palmas de Gran
Canaria.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad del
País Vasco.

LATORRE VILA, Luis: Administrador
Civil del Estado con destino en las
Cortes de Aragón.

LÁZARO LAGUARDIA, Diana:
Administradora Civil Superior,
Gobierno de Aragón.

MARZAL RAGA, Consuelo de los
Reyes: Profesora Ayudante Doctor
de Derecho Administrativo,
Universidad de Valencia.

PÉREZ GUERRA, Raúl: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Almería.

SORO MATEO, Blanca: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Murcia.

TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel:
Profesor Agregado de Derecho
Administrativo, Universidad Central
de Venezuela.

ESTUDIOS

LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE RIESGO REGULATORIO AL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES (*)

ÁNGEL GARCÉS SANAGUSTÍN

SUMARIO: I. LA REFORMA ESTRUCTURAL DEL SECTOR ELÉCTRICO: LA QUIEBRA DEL MODELO ANTERIOR: 1. El Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. 2. Su plasmación en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.– II. FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE «RIESGO REGULATORIO».– III. LÍMITES AL CONCEPTO DE RIESGO REGULATORIO: 1. Límites generales y su posible incumplimiento. 2. La versátil regulación del «período regulatorio». 3. El extraño concepto de la «rentabilidad razonable». 4. Riesgo regulatorio y riesgo industrial: el trampantojo de la nueva regulación. 5. Riesgo regulatorio y regulación administrativa y fiscal: la homogeneidad en un Estado complejo. 6. Riesgo regulatorio y vulneración de la garantía relativa a la no regresión de derechos. 7. Riesgo regulatorio e irretroactividad. 8. Riesgo regulatorio e interés general: la interdicción de la arbitrariedad a la luz del sistema de ayudas del Derecho comunitario, de la protección del medio ambiente y de la planificación. 9. La espinosa cuestión del déficit de tarifa. 10. La igualdad como cláusula de cierre del sistema: la detección de desigualdades no razonables.– IV. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TÍTULOS HABILITANTES Y LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TITULARES DE LOS MISMOS: 1. La variable naturaleza jurídica del viento. 2. La desnaturalización de los títulos habilitantes que permiten el aprovechamiento de la energía eólica. 3. La indefinición de la situación jurídica derivada del otorgamiento de los títulos habilitantes: ¿ni resarcimiento de perjuicios ni equilibrio económico-financiero?– V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ESTAMOS ANTE UN ABSURDO KAFKIANO O ANTE EL TÍPICO ESPERPENTO ESPAÑOL?

RESUMEN: En los últimos años se ha producido en España una reforma estructural del sector eléctrico, que ha supuesto una reducción drástica del sistema de ayudas que reciben las empresas del sector de las energías renovables. Dicha reducción se ha apoyado en el concepto de «riesgo regulatorio», de origen jurisprudencial. El objeto de este trabajo consiste en fijar los límites inherentes a dicho concepto, con el fin de evitar una vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. La

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de septiembre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 de septiembre de 2014.

transgresión de dichos límites podría suponer la aparición de un supuesto de responsabilidad del Estado-legislador.

Palabras clave: riesgo regulatorio; sectores regulados; liberalización; energías renovables; seguridad jurídica; principio de confianza legítima; responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.

ABSTRACT: The electrical energy sector in Spain has been structurally reformed lately, so that the financial aid to the renewable energy companies has been drastically reduced. Said reduction has been substantiated in the case-law concept of «regulatory risk». The purpose of this paper is to lay down the scope of said concept, in order to avoid a breach of both principles of legal certainty and legitimate expectations. Overriding said scope might arise the State liability for wrongful lawmaking.

Key words: regulatory risk; regulated industries; liberalization; renewable energies; legal certainty; principle of protection of legitimate expectations; State liability for wrongful lawmaking.

I. LA REFORMA ESTRUCTURAL DEL SECTOR ELÉCTRICO: LA QUIEBRA DEL MODELO ANTERIOR

1. El Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico

El artículo 86 de la Constitución regula la figura del Decreto-ley y ofrece al Ejecutivo un amplio margen de maniobra para aprobar «disposiciones legislativas provisionales». Su emanación se encuentra supeditada a la concurrencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, cuya apreciación queda en manos del propio Gobierno, y a la prohibición de regular determinadas materias.

El problema fundamental es la apreciación del requisito formal, de los presupuestos habilitantes, de los conceptos constitucionales indeterminados de la «extraordinaria y urgente necesidad» (1). Se ha reconocido al Ejecutivo en este caso un amplio margen de discrecionalidad de carácter político. Ello no obsta para que el Tribunal Constitucional pueda, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, «rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución» (SSTC 11/2002, de 17 de enero, 137/2003, de 3 de julio, y 68/2007, de 28 de

(1) Véase al respecto GÓMEZ LUGO (2013: 108-111).

marzo). En todo caso, la fiscalización por parte del Tribunal Constitucional no deja de ser un control externo que *«debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario»* (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, y 11/2002, de 17 de enero).

Quizás, uno de los pronunciamientos más nítidos al respecto se encuentra en la STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3º, donde se dice que *«el juicio sobre la regularidad constitucional de la cláusula de la «extraordinaria y urgente necesidad» ha de superar un doble canon. El primero consiste en la identificación por el Gobierno de manera clara, explícita y razonada de la concurrencia de esa singular situación, la extraordinaria y urgente necesidad, determinante de la aparición del presupuesto que le habilita para dictar con carácter excepcional unas normas dotadas de los atributos del rango y la fuerza propios de las leyes formales. El segundo canon se concreta en la existencia de una conexión de sentido o relación de adecuación entre ese presupuesto y las medidas contenidas en la norma de urgencia, de modo que éstas, como igualmente ha razonado la jurisprudencia constitucional, han de guardar «una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar».*

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de delimitar aún más el alcance de la potestad normativa excepcional del Gobierno al establecer que la situación de necesidad que se pretende afrontar con las medidas adoptadas no puede justificarse únicamente en razones de tipo estructural. En concreto, ha afirmado que *«cuando la necesidad alegada por el Gobierno para aprobar el Decreto-ley sea estructural, y no coyuntural, y salvo en situaciones especialmente calificadas por notas de gravedad, imprevisibilidad o relevancia, no alcanza por sí misma a satisfacer el cumplimiento de los estrictos límites a los que la Constitución ha sometido el ejercicio del poder legislativo del Gobierno. Lo contrario supondría excluir prácticamente en bloque del procedimiento legislativo parlamentario el conjunto de la legislación laboral y de Seguridad Social, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes»* (STC 68/2007, de 28 de marzo). Resulta llamativo que este argumento haya sido reconocido precisamente en dos de las escasas resoluciones en las que el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de los decretos-leyes impugnados (SSTC 68/2007, de 28 de marzo, y 137/2011, de 14 de septiembre) (2).

Sin embargo, ha sido frecuente que el Tribunal Constitucional permitiera la subversión de las limitaciones inherentes a los presupuestos habilitantes que permiten adoptar la figura excepcional del Decreto-ley, provocando que

(2) En relación a la STC 68/2007, de 28 de marzo, puede consultarse DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ (2011: 146-154)

esta figura se prodigara mucho más allá de lo inicialmente previsto y querido por el poder constituyente. Es verdad que el poder de control de conceptos jurídicos indeterminados como «extraordinaria y urgente necesidad» por parte del Tribunal Constitucional es menor que el que poseen los jueces y tribunales ordinarios ante conceptos similares contenidos en las leyes. No hemos de olvidar el plus de libertad que posee el legislador a la hora de desarrollar la Constitución. Evidentemente, la Administración está mucho más constreñida que el legislador cuando acomete la tarea de interpretar y aplicar una norma.

Todo ello ha provocado que existiera un uso abusivo de la figura del Decreto-ley. En el año 2012, en el ámbito estricto del Estado, se aprobaron 29 decretos-leyes frente a 17 leyes ordinarias. Algunos de esos decretos-leyes han afectado al sector eléctrico, que se ha visto sumido en esta marejada de incertidumbre y provisionalidad (3).

Mas tampoco debemos olvidar que, con el abusivo recurso al decreto-ley, los gobiernos tratan de blindarse ante la posibilidad de interposición de recursos de los ciudadanos afectados por la medida, lo que ocurre en el caso del dictado de simples actos administrativos o de la aprobación de normas reglamentarias (4).

Apriorísticamente, el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sector eléctrico no invade el núcleo esencial de materias vedado a esta figura ni el presupuesto habilitante exigido. Ahora bien, dicho Decreto-ley contiene una serie de elementos que es preciso apuntar en este momento, con independencia de su análisis y desarrollo posterior. Sucintamente, son los siguientes:

(3) El desasosiego legislativo que padecemos se pone de manifiesto en el Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, que aborda temas tan inconexos como las licencias comerciales y la exportación de armas y que modifica, de paso, los Reales Decretos Leyes 12/2012, de 30 de marzo, que se aprobó cincuenta días antes, 16/2012, de 20 de abril, aprobado un mes antes, y 18/2012, de 11 de mayo, que solo llevaba en vigor quince días. Eso sí, el anterior gobierno batió el récord al modificar y derogar algunas disposiciones de la ley de presupuestos del 2011 antes de que entrara en vigor, mediante el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre. Hemos llegado, por tanto, al paroxismo de pretender derogar algunas normas antes de que entren en vigor. Algunos dirán que es un signo inequívoco de improvisación. Sí, pero de algo más. En 1995, el peor año de la anterior crisis económica, únicamente se aprobaron doce decretos-leyes, lo que evidencia que estamos parcialmente intervenidos. Ahora bien, este desquiciamiento normativo alcanza su cenit en la corrección de errores del Real Decreto Ley 16/2012, que ocupa cinco páginas del BOE de 15 de mayo. Bien podría afirmarse que todo este desaguisado entronca con nuestra mejor tradición legislativa en periodos de guerra, ya que la primera vez que se le dio a Francisco Franco el título de jefe del Estado fue en una corrección de imprenta de la gaceta de la época.

(4) Véase al respecto ARANDA GARCÍA (2013: 353)

- i) Recorte drástico del sistema de ayudas que llega a las energías renovables, como consecuencia no tanto de una crisis específica del sector eléctrico como de la crisis financiera general que afecta al país.
- ii) Eficacia retroactiva de algunas de sus disposiciones y, especialmente, las relativas al cálculo de la retribución específica que deben percibir los productores de electricidad a partir de fuentes de energías renovables.
- iii) Carácter estructural de la reforma y de la redefinición completa del sistema.
- iv) Búsqueda de una sostenibilidad económica y financiera del sistema, con independencia de las cuestiones relativas a la sostenibilidad energética y a los objetivos establecidos por la normativa comunitaria.

2. Su plasmación en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE) constituye el punto de partida para la normativa que vamos a analizar, ya que da la correspondiente habilitación al gobierno para su desarrollo reglamentario, que se ha concretado en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y en la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

Ahora bien, la LSE supone también un punto de llegada, dado que parte de su regulación no puede entenderse sin la cascada de decretos-leyes anteriores que conllevaron una modificación permanente y vertiginosa de los parámetros jurídicos aplicables a este sector económico. A tal efecto, cabe recordar que la LSE da continuidad de las principales medidas de restricción, especialmente las ligadas al Real Decreto-Ley 9/2013, de las retribuciones a cargo del sistema eléctrico, que podrán suponer la pérdida de la retribución con efectos desde julio de 2013 para las instalaciones de producción de electricidad mediante fuentes renovables que hayan alcanzado con anterioridad a esa fecha la retribución que el Estado considera razonable (un 7,39% antes de impuestos).

En realidad, la LSE se apoya en el principio de sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, como regla de equilibrio necesario de los ingresos y costes del sistema eléctrico, que condiciona todas las actividades destinadas al suministro eléctrico. Mas dicho principio, vinculado a los problemas derivados del llamado déficit de tarifa, subyace en el conjunto de medidas normativas anteriores que modelan la ley del sector eléctrico.

Recordemos que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 y en la Disposición Final 3ª de la LSE, la retribución de las actividades reguladas y, en su caso, la retribución de la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos (ahora llamada régimen retributivo específico) y de la producción en territorios no peninsulares (llamada régimen retributivo adicional) se basarán en unos parámetros cuya vigencia se extenderá durante todo un período regulatorio de seis años, que será revisado, antes del comienzo de cada período regulatorio.

Por otro lado, y como ya hemos indicado, la LSE insta en el sistema eléctrico, de modo formal, el principio de su sostenibilidad económica y financiera, que se define como la capacidad del sistema eléctrico para satisfacer la totalidad de los costes con sus ingresos, y condiciona la actividad de todos los sujetos del sistema eléctrico. La primera consecuencia de este principio es que toda medida normativa en relación con el sector eléctrico que suponga un incremento de costes para el sistema eléctrico o una reducción de ingresos deberá incorporar una reducción equivalente de otras partidas de costes o un incremento equivalente de ingresos que asegure el equilibrio del sistema.

Pues bien, llegados a este punto, es preciso recordar que este principio no está recogido en las Directivas comunitarias aprobadas en los últimos años que se apoyan también en el concepto de sostenibilidad, pero de sostenibilidad energética mediante el fomento de las energías renovables y la eficiencia energética. Es decir, la Unión Europea está preocupada por la sostenibilidad ambiental, que se puede lograr mediante el fomento de las energías limpias, que garantizan una mayor diversificación de las fuentes energéticas y también la minoración de la dependencia respecto al exterior, la eficiencia energética y la calidad y seguridad en el suministro. Dicho de otro modo, la estrategia energética de la Unión Europea tiene como prioridades la reducción de las importaciones energéticas y la eliminación de las emisiones de CO₂ con mayores objetivos de eficiencia energética y de consumo de renovables, que se consideran además un factor de reactivación económica.

La excepcional y crítica situación de la economía española ha sido más relevante a la hora de configurar muchos preceptos de la LSE que los principios y objetivos impuestos por el Derecho comunitario.

Todo ello provoca uno de los graves errores conceptuales contenidos en la Ley. El artículo 19.1 establece que:

«Se entenderá que se producen desajustes temporales entre ingresos y costes del sistema eléctrico si como resultado de las liquidaciones de cierre del sistema eléctrico en un ejercicio resultara un déficit o superávit de ingresos.»

Tras la expresión «desajustes temporales» se solapa un problema, que es estructural, cual es la financiación del sistema, que pone de manifiesto los muchos errores cometidos con anterioridad. Lo que el artículo 19 de la LSE recoge, en el fondo, es la conversión de los agentes privados en financiadores forzosos del déficit del sistema que, sorprendentemente, es hoy un déficit público o, por lo menos, un déficit con consecuencias para las cuentas públicas.

A mayor abundamiento, y habida cuenta de que esta cuestión suele pasar desapercibida, recordemos que la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, sobre fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables, establece un objetivo nacional obligatorio a conseguir en cuanto al mínimo de energía a utilizar en el transporte que proceda de estas fuentes. Así, dicho objetivo nacional se concreta en la obligación de que cada Estado miembro logre que la cuota procedente de las energías renovables en todo tipo de transporte alcance como mínimo el 10% del consumo final en el año 2020. Para el cálculo de dicho objetivo se tendrá en cuenta la cantidad total de gasolina, diesel y biocarburantes consumidos en el transporte por carretera y ferrocarril y la electricidad, así como todos los tipos procedentes de fuentes renovables consumidas en todo tipo de transportes.

En la materia que nos atañe, y como ya hemos indicado, la LSE ha sido desarrollada por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Pues bien, las dudas que suscita el citado Real Decreto se incrementan con la publicación de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Dicha Orden ministerial ocupa 1.761 páginas del BOE, lo que da una idea de su complejidad, a pesar de no agotar el régimen jurídico aplicable a esta materia, tal como se desprende de la Orden IET/1459/2014, de 1 de agosto, por la que se aprueban los parámetros retributivos y se establece el mecanismo de asignación del régimen retributivo específico para nuevas instalaciones eólicas y fotovoltaicas en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares. Sobre los aspectos más controvertidos de estas normas reglamentarias haremos referencia en los siguientes epígrafes.

II. FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE «RIESGO REGULATORIO»

El concepto de *riesgo regulatorio* es un concepto de factura jurisprudencial y tiene sentido en el marco o contexto de los llamados «sectores regulados». El riesgo regulatorio viene determinado por una situación de inestabilidad o

incertidumbre en un sector económico regulado (5). Dicha inestabilidad viene marcada por el paso de una situación de monopolio, estable y previsible por naturaleza, a una situación de libre mercado en la que intervienen nuevos sujetos y condicionamientos. Las reglas de un monopolio, en la medida en que tan solo atañen al único agente autorizado para desarrollar la actividad, suelen tener naturaleza estatutaria, al modo de reglas internas de la entidad que ejerce el monopolio, sin apenas trascendencia para terceros. En esos casos hay poco lugar para la incertidumbre. Con la apertura del mercado a la iniciativa privada desaparece la anterior estabilidad burocrática. La reglamentación estatutaria pasará a ser sustituida por un derecho constituido por normas jurídicas de diverso rango y alcance; normas muy especializadas, dirigidas en buena medida a imponer límites y condiciones que eviten el regreso a una situación de monopolio.

Para ello, las autoridades reguladoras del sector en cuestión habrán de tener muy en cuenta la realidad económica y tecnológica que determina la evolución del mercado. Pues bien, lo cierto es que esa realidad del mercado que determina la regulación a aplicar no suele ser en absoluto estable, sobre todo en los inicios de los procesos de liberalización. Todo lo contrario. Se trata de un contexto muy cambiante, lo cual va a producir la necesidad recurrente de efectuar correcciones, ajustes y, en algunos casos, cambios bruscos de rumbo, sobre todo en los sectores más condicionados por las evoluciones tecnológicas y económicas, prohibiéndose entonces determinados comportamientos de los agentes del mercado o, en caso contrario, promoviendo o premiando otros. Es aquí cuando surge el llamado «riesgo regulatorio», como riesgo a un cambio normativo que puede perjudicar en un momento dado los intereses y estrategias de los agentes y operadores de los mercados especialmente sometidos a esa incertidumbre que se comenta. Ese riesgo, como veremos, dadas las características de los sectores regulados, se considera por nuestro Tribunal Supremo como una carga que los referidos agentes del mercado tienen en principio la obligación de soportar, suponiendo una excepción a la aplicación del principio de seguridad jurídica.

El concepto ha sido formulado y configurado en nuestro país por el Tribunal Supremo al resolver recursos en sede de lo contencioso-administrativo formulados contra la introducción de nuevas reglas o modificaciones normativas en el sector regulado de la energía. La primera vez que la Sala Tercera del Tribunal Supremo utiliza esta noción del riesgo regulatorio es en la Sentencia de 11 de junio de 2001 (6), en la que se resuelve un recurso en materia de los conocidos Costes de Transición a la Competencia en el sector de la energía,

(5) RODRÍGUEZ BAJÓN (2012: 195)

(6) ROJ 4941/2001. El ponente fue Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA.

caso paradigmático de una situación de cambio e inestabilidad en un mercado que modifica su estatus legal.

Dice el Tribunal Supremo en la referida sentencia (FJ 8.º) que:

«Todo proceso de liberalización de sectores hasta entonces cerrados a la competencia genera, por su propia naturaleza, determinados inconvenientes o «perjuicios» para los operadores económicos preexistentes, pero no por ello existe una obligación de que el Estado asuma el pago de los derivados del cambio en el modelo regulatorio cuando, paralelamente, la nueva reglamentación permite la subsistencia de los antiguos operadores —quienes, en ocasiones, aún continúan ostentando durante los años que dura el período transitorio una posición de dominio del mercado— en paridad con los nuevos. La mera «transición» al régimen del mercado competitivo no ha sido, de hecho, en gran parte de los sectores liberalizados causa de reconocimiento de la obligación de compensar los costes de ella derivados. Por lo demás, las empresas que actuaban en regímenes cerrados eran conscientes, o debían serlo, de que existía, al menos desde 1986 en que el Reino de España se adhirió a las Comunidades Europeas, un cierto «riesgo» regulatorio de que el mercado eléctrico se abriera a la competencia. A lo largo de once años (1986-1997) la previsibilidad del cambio del régimen jurídico hacia un modelo más competitivo, sobre la base de los principios inspiradores del mercado interior comunitario, no podía ser ignorada por unas empresas que, aun cuando solo fuera por la calidad de sus servicios internos, y, en todo caso, por sus relaciones con el poder regulador (de la que son buena muestra los sucesivos protocolos firmados con los Ministerios respectivos, a uno de los cuales nos hemos referido) estaban en condiciones idóneas para prever la evolución futura de aquel régimen jurídico».

La argumentación sobre el riesgo regulatorio se trae a colación en una posterior sentencia de 25 de octubre de 2006 (7), en la que se precisa (FJ 3.º), esta vez utilizando el concepto en plural, que:

«Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que estos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los «riesgos regulatorios» a que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera —en el sentido antes dicho— pero no excluye».

La misma argumentación se repetirá en la inmediata sentencia de 20 de marzo de 2007 a la hora de desestimar la impugnación de un Real Decreto referido a la modificación del cálculo de primas dirigidas a fomentar la pro-

(7) ROJ 6317/2006. También fue ponente Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA.

ducción energética (8). Esta idea del riesgo regulatorio, como concepto capaz de difuminar los efectos del principio de seguridad jurídica y la confianza legítima, se seguirá reproduciendo en posteriores fallos de la referida Sala (Sentencias de 9 de octubre de 2007 y de 9 de diciembre de 2009, y Auto de 2 de noviembre de 2010) (9).

Por tanto, teniendo en cuenta la configuración realizada por el Tribunal Supremo, el riesgo regulatorio puede definirse como la posibilidad conocida por los agentes de un sector o mercado regulado de que las pautas legales de dicho mercado sean modificadas.

Las características del riesgo regulatorio serán, por tanto, las siguientes (10):

i) El riesgo regulatorio puede darse en todas aquellas actividades económicas sometidas a intensa regulación (sectores regulados), generalmente como consecuencia de un proceso de liberalización. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo versa exclusivamente sobre el sector de la energía, a pesar de la crisis financiera.

ii) Las empresas que van a desarrollar su actividad en esos sectores económicos deberían conocer el grado de inestabilidad del mercado en que desarrollan su actividad.

iii) El riesgo se traduce en un cambio o modificación brusca y significativa de las pautas normativas o reglas previamente establecidas. Es decir, el cambio es lo suficientemente relevante para poner en cuestión los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Ahora bien, aunque no haya identidad absoluta entre los mismos (11), sí puede afirmarse, sin embargo, que ambos principios parten del mismo tronco e intentan salvaguardar idénticos valores. Por otro lado, aunque el origen sea distinto, estos principios tienden a converger como consecuencia de su incorporación al acervo comunitario y la ósmosis que produce en los diferentes Derechos de los Estados miembros. Y ambos pueden flexibilizarse con la ductilidad inherente a la materia jurídica, pero en ningún caso pueden quebrarse, pues de lo contrario asistiríamos al fin del Estado de Derecho. La responsabilidad de la jurisprudencia radica en no repetir sistemáticamente los argumentos sino en disociar caso por caso. No vaya a ser que la teoría del riesgo regulatorio sponga una carta en blanco al legislador para actuar sin límite alguno.

(8) ROJ 1653/2007. El ponente fue Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

(9) STS de 9 de octubre de 2007 (ROJ 6315/2007 y ponente Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ), SSTS de 9 de diciembre de 2009 (ROJ 7629/2009 y ponente Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA y ROJ 8027/2009 y ponente Eduardo ESPÍN TEMPLADO, respectivamente), ATS de 2 de noviembre de 2010 (ROJ 13207/2007 y ponente Eduardo ESPÍN TEMPLADO).

(10) RODRÍGUEZ BAJÓN (2012: 198-199).

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA (2002: 175-180).

iv) El riesgo regulatorio se asimila al concepto de «deber jurídico de soportar el daño» que dispone el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LAP), puesto que, desde el momento en que concurre, se excluye la responsabilidad patrimonial derivada de la modificación normativa sobrevenida.

Pues bien, el concepto de riesgo regulatorio vendría precisamente a actuar en este ámbito, a modo de argumento de refuerzo para excluir la infracción del principio de seguridad jurídica y la responsabilidad patrimonial del Estado por causa de modificaciones normativas, aunque esto último será objeto de análisis posteriormente. De esta forma, toda vez que se constate que en un determinado sector existe riesgo regulatorio, su presencia misma ha de permitir que los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima no desplieguen todos sus efectos, impidiendo además que operen esas situaciones por las cuales, en cada caso concreto, puede admitirse la presencia de una responsabilidad pública por causa de un cambio normativo. El riesgo regulatorio, por tanto, respalda todo cambio que se produzca en un ámbito de actividad económica en el que las empresas, por las circunstancias propias de esa actividad, saben que pueden producirse cambios, aceptando la carga de que los mismos no siempre sean beneficiosos para sus proyectos. De este modo, cuando el Tribunal Supremo aplica el concepto por primera vez, señala que:

«Afirmaciones estas que, entre otras que se podrían añadir, desactivan la apelación al principio de confianza legítima como fundamento de un hipotético derecho a la indemnización derivada del cambio normativo. Los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación normativa —menos aún si es de ventaja para ellos— preexistente sin variaciones, máxime cuando estas son previsibles, correspondiendo a los poderes públicos en el marco de sus respectivas facultades de apreciación adaptar los modelos normativos en función de las diversas opciones políticas que representen y hayan obtenido el refrendo de la voluntad general de los ciudadanos, consideraciones que resultan especialmente aplicables a los sectores económicos que disfrutaban de una posición previa inmune a las exigencias de la política de competencia» (FJ 8.º de la referida STS de 11 de junio de 2001).

Ahora bien, esta sentencia hay que enmarcarla en su contexto. Se produce en el momento inicial de la liberalización del sector eléctrico, cuando desaparecen los monopolios territoriales y se pretende abrir el sistema a la competencia (12). Por ello, el Tribunal Supremo insiste en que no puede

(12) Las expectativas que se generan en ese momento del inicio de la «liberalización» del sector se enuncian en MUÑOZ MACHADO (1998: 123-178), DE LA CRUZ FERRER (1999: 343-471) y GIMENO FELIÚ y SANAU VILLARROYA (2001: 83-105).

decirse con rigor que unos u otros costes hayan generado en los titulares de aquellas instalaciones un verdadero derecho de crédito consolidado, pues no respondiendo la generación eléctrica a un esquema contractual ni a otro de naturaleza concesional, sino tan solo a la aplicación de un marco regulatorio unilateralmente determinado por los poderes públicos, en el que se insertan las relaciones y del que derivan las situaciones jurídicas de los distintos agentes que intervienen en el proceso de producción de electricidad, estos son, o deberían ser, conscientes de que están en todo momento sujetos y vinculados a las decisiones del poder legislativo que introduzcan modificaciones en aquel marco normativo, máxime cuando estas decisiones traen causa, a su vez, de exigencias derivadas de la adhesión a un ordenamiento jurídico supranacional como es el comunitario, y en concreto de una de sus normas (la Directiva 96/92/CE), que se constituye así en el auténtico centro de imputación de la apertura del mercado eléctrico a la competencia.

III. LÍMITES AL CONCEPTO DE RIESGO REGULATORIO

1. Límites generales y su posible incumplimiento

No obstante, no debe olvidarse que el riesgo regulatorio no puede justificarlo todo. Es decir, debe estar sometido a límites. Unos límites que, al menos de momento, han de deducirse de la formulación que del concepto ha realizado el Tribunal Supremo. Podemos destacar, siguiendo a RODRÍGUEZ BAJÓN (2012: 204-205), los siguientes:

i) No puede darse en actividades o sectores económicos ajenos a la regulación o intervención del Estado a los efectos de promover la competencia o salvaguardar determinados intereses. Cuanto menor sea esa intervención, menor debería ser la incidencia del riesgo regulatorio. En consecuencia, dicho riesgo debe ir desapareciendo en la medida en que los mercados liberalizados se estabilicen y alcancen su madurez.

ii) Debe instrumentarse por medio de un cambio o modificación de las normas de la actividad o sector económico regulado. De este modo, si el cambio se refiere a normas ajenas al sector, no deberá hablarse en propiedad de riesgo regulatorio, en la medida en que los operadores aceptan o son conscientes de los cambios que atañen a la actividad a la que se dedican, pero no tienen la obligación de aceptar el riesgo en otros campos que finalmente pueden incidir sobre el suyo.

iii) La modificación ha de llevarse a cabo al amparo del marco jurídico sectorial previo y conforme a sus principios informadores. En este sentido, no cabría hablar de riesgo regulatorio y sus efectos si el cambio supone una

«revolución» absoluta en el sector, alterando los principios básicos y fundadores del mismo (13).

iv) la nueva regulación ha de mirar al futuro, es decir, el riesgo regulatorio no ampara situaciones retroactivas, cuya justificación debe buscarse en otros títulos.

A la hora de aplicar esos límites es preciso tener muy en cuenta que el riesgo regulatorio solo tiene presencia en un contexto muy preciso y muy caracterizado, es decir, el del paso del monopolio a una situación de transición en la que impera la incertidumbre. A medida que esa incertidumbre desaparezca, la invocación de la eficacia del riesgo regulatorio deberá igualmente atenuarse hasta, en su caso, diluirse por completo.

Por otro lado, tampoco debemos olvidar que el propósito básico del riesgo regulatorio es garantizar la liberalización de un sector económico y, por tanto, la libre competencia, en un sistema que estaba copado previamente por los monopolios territoriales, que sumaban un gran oligopolio nacional. Pues bien, no puede ya aplicarse contra los pequeños y medianos empresarios que han invertido en un sector y que contribuyen, como en el caso de la producción de energía a partir de las energías renovables, decisivamente a ampliar la competencia, a aminorar los precios y a cumplir con finalidades previstas en la normativa europea, tal como se infiere de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

No obstante, el Tribunal Supremo en su recientísima Sentencia de 13 de enero de 2014 (14), vuelve a insistir en el mismo concepto en relación a un recurso planteado por algunas empresas del sector fotovoltaico (15). En ella se dice:

«Por ello, respecto del Dictamen del Consejo de Estado, por referirse a la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 9 de diciembre de 2009 (RCA 152/2007), que no sería invocable para rechazar la vulneración del principio de confianza legítima y el principio de seguridad jurídica, no puede ser compartida, en la medida en que

(13) BACIGALUPO SAGGESE (2011: 20) considera que el cambio regulatorio que produjo el Real Decreto-Ley 9/2013 era de gran envergadura, radical, que no era razonablemente previsible y que alteraba de raíz los fundamentos básicos del sistema retributivo vigente con gran impacto lesivo.

(14) ROJ 1/2014 y ponente José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT.

(15) Resulta muy interesante el análisis que hace RUIZ OLMO (2014: 12-24) de la STS de 12 de abril de 2012 que resuelve un recurso interpuesto contra el RD 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Dicha sentencia (2577/2012) tuvo por ponente a Eduardo ESPÍN TEMPLADO.

se trata de un mero recordatorio de los pronunciamientos enunciados por este Alto Tribunal, en relación con el enjuiciamiento de las modificaciones normativas de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, en aras de reforzar la tesis de que no cabe realizar reproche alguno al proyecto del Real Decreto examinado, pues la variación de los inventivos económicos de las instalaciones ya autorizadas dentro de las pautas legales pueden adoptarse legítimamente en el marco de los "riesgos regulatorios".»

Algunos de los últimos hitos acaecidos, tanto legales (Real Decreto-ley 17/2013, de 27 de diciembre, por el que se determina el precio de la energía eléctrica en los contratos sujetos al precio voluntario para el pequeño consumidor en el primer trimestre de 2014) como judiciales (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2014), ponen de manifiesto, tal como analizaremos posteriormente, el fracaso de la liberalización del sector.

Por otro lado, y como demostraremos posteriormente, puede afirmarse que existe una retroactividad auténtica en la última normativa aplicable al sector eléctrico, que conlleva una auténtica revolución, que pone en entredicho la seguridad jurídica y la confianza legítima y quiebra algunos de los principios informadores del sector.

En resumen, la jurisprudencia, siguiendo una peligrosa inercia, está aplicando extemporáneamente el llamado riesgo regulatorio a quienes no gozaron nunca de ningún privilegio en forma de monopolio ni configuran el actual oligopolio vertical. Es extemporánea la aplicación de una teoría que tiene su razón de ser en la génesis de los procesos liberalizadores, que, en el caso se nos ocupa, arranca en 1997 y que se concreta en los costes de transición a la competencia, de los que se beneficiaron las empresas que gestionaban los antiguos monopolios territoriales. Para colmo, se aplica a los agentes que, precisamente, pueden contribuir a generar gradualmente un mayor nivel de competencia.

2. La versátil regulación del «período regulatorio»

Existe otro límite al riesgo regulatorio, que consiste en la fijación de un horizonte temporal mínimo a la reforma realizada, que se concreta en el concepto de «período regulatorio». Dicho de otro modo, la doctrina del riesgo regulatorio no puede servir para justificar cambios permanentes. La propia ley del sector eléctrico asume este principio cuando, y transcribimos literalmente un párrafo de su exposición de motivos, dice:

«Este nuevo marco regulatorio da una respuesta global al relevante cambio de las circunstancias experimentado en los últimos años en el ámbito de las tecnologías de generación basadas en fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, en términos que obedecen a motivos más que justificados por la situación descrita.

Las inversiones en estas tecnologías seguirán estando protegidas y fomentadas en España por este nuevo marco normativo, que consagra el principio de rentabilidad razonable y establece el criterio de revisión de los parámetros retributivos cada seis años para cumplir con el citado principio. De este modo, se trata de consolidar la continua adaptación que la regulación ha experimentado para mantener esta rentabilidad razonable mediante un sistema previsible y sometido a concreción temporal.»

Ello se concreta en el artículo 14.4 de la Ley del Sector Eléctrico, que comienza del siguiente modo:

«4. Los parámetros de retribución de las actividades de transporte, distribución, producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos con régimen retributivo específico y producción en los sistemas eléctricos no peninsulares con régimen retributivo adicional se fijarán teniendo en cuenta la situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y la rentabilidad adecuada para estas actividades por períodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años.

Estos parámetros retributivos podrán revisarse antes del comienzo del período regulatorio. Si no se llevara a cabo esta revisión se entenderán prorrogados para todo el período regulatorio siguiente...»

Posteriormente, se fijan las condiciones específicas que genera la seguridad del establecimiento de un «período regulatorio» en el caso de las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos con régimen retributivo específico.

Se trata, por tanto, de hacer «previsible» el sistema y de que las inversiones se realicen sobre la seguridad que ofrece un horizonte de estabilidad durante seis años. Para conseguir tal objetivo se introduce el concepto de «período regulatorio», como límite infranqueable a los vaivenes normativos. Si este plazo se incumpliera, si se produjera modificación sustancial del régimen retributivo, si se diera un cambio radical en las circunstancias, sí podríamos estar ante un supuesto específico de responsabilidad del Estado-legislador, cuestión que posteriormente analizaremos. Por cierto, no estamos ante un concepto estrictamente novedoso, ya que existen precedentes tanto en la legislación de los países europeos como en la propia legislación española, como se desprende del régimen jurídico de la autorización ambiental integrada, regulado en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

No cabe ninguna duda de que el plazo fijado por el legislador de seis años está previsto para desplegar todos sus efectos en el futuro. Ahora bien, ¿no supone en el fondo el reconocimiento de un plazo mínimo que garantiza las decisiones inversoras? ¿No conlleva en el fondo un reconocimiento implícito de que las sucesivas modificaciones normativas semestrales que hemos padecido en los últimos años son una contravención manifiesta a los principios de buena

fe y confianza legítima? Si se fija la salvaguarda de la seguridad jurídica en un horizonte temporal de seis años, ¿qué ha ocurrido desde la promulgación del Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, que inicia una vertiginosa cascada de cambios legislativos?

Por otro lado, debemos recordar que el período regulatorio de seis años se establece con carácter general. Pero tampoco debemos olvidar que el artículo 14 de la LSE flexibiliza dicho período para las energías renovables en la medida en que señala diferentes subperíodos para distintos parámetros retributivos. Recordemos lo que dice dicho artículo en relación a las energías renovables:

«En el caso de las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos con régimen retributivo específico la modificación de los parámetros de retribución se realizará de acuerdo con los siguientes criterios:

1.º En la revisión que corresponda a cada período regulatorio se podrán modificar todos los parámetros retributivos y, entre ellos el valor sobre el que girará la rentabilidad razonable en lo que reste de vida regulatoria de las instalaciones tipo que se fijará legalmente.

En ningún caso, una vez reconocida la vida útil regulatoria o el valor estándar de la inversión inicial de una instalación, se podrán revisar dichos valores.

2.º Cada tres años se revisarán para el resto del período regulatorio las estimaciones de ingresos por la venta de la energía generada, valorada al precio del mercado de producción, en función de la evolución de los precios del mercado y las previsiones de horas de funcionamiento.

Asimismo, se ajustarán los parámetros retributivos en función de las desviaciones del precio del mercado respecto de las estimaciones realizadas para el período de tres años anterior. El método de ajuste se establecerá reglamentariamente y será de aplicación en lo que reste de vida útil de la instalación.

3.º Al menos anualmente se actualizarán los valores de retribución a la operación para aquellas tecnologías cuyos costes de explotación dependan esencialmente del precio del combustible.»

Sorprenden dos cuestiones al respecto. En primer lugar, la previsión de tramos inferiores a los seis años que van a constituir a la postre nuevos períodos regulatorios. En este caso, deberían limitarse a apreciar la corrección de las previsiones realizadas y a su actualización en el caso de merma de los derechos de las empresas. Mas es previsible que se produzca lo contrario. En cualquier caso, la reducción del tramo para establecer la revisión de los parámetros retributivos genera una gran incertidumbre, en un sector que está acuciado por la necesidad de financiación.

Por otro lado, la indefinición y remisión a instancias administrativas continúa en la redacción que se hace de los artículos 14, 19 y 20 del Real Decreto 314/2013, de 6 de junio, que relega la concreción última de estos parámetros al albur de lo que decidan determinadas instancias administrativas. Especial-

mente discrecional es el parámetro de las horas mínimas de funcionamiento de la instalación eólica. Un simple incremento de las horas exigidas podría dejar a centenares de parques sin retribución a la inversión.

3. El extraño concepto de la «rentabilidad razonable»

Ambos conceptos, *riesgo regulatorio* y *rentabilidad razonable*, están íntimamente conectados. Estos conceptos son propios de un sector tan peculiar como el eléctrico y suponen la cara y la cruz de la misma moneda, el anverso y el reverso de la misma cuestión. En realidad, buscan un determinado equilibrio económico-financiero, de tal manera que los drásticos recortes de beneficios que puede acarrear la aplicación del riesgo regulatorio se compensen con la garantía de una rentabilidad razonable.

El problema radica en determinar si el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, es «tecnológicamente neutral» o, si por el contrario, contiene desigualdades de trato a favor de algunas de las actividades que regula. A tal efecto, cabe recordar que, en el artículo 34 se establece la posibilidad de que las instalaciones de cogeneración puedan renunciar temporalmente al régimen retributivo específico varias veces al año con un período de duración mínimo de un mes. Durante ese período sólo percibirán el precio del mercado pero no necesitarán cumplir con su límite de consumo de combustible. El hecho que tengan la opción de «entrar y salir» del régimen retributivo específico libremente mientras otras tecnologías no pueden hacerlo puede ser interpretado como una discriminación y, por tanto, como una desigualdad arbitraria. A otras instalaciones, como las eólicas, también les podría resultar económicamente interesante «salirse» durante algún tiempo en períodos de precios de mercado altos (junio-octubre, por ejemplo) y volver a «entrar» en períodos de precios de mercado bajos (noviembre-mayo, por ejemplo). Resulta sorprendente esta especie de «puerta giratoria», que permite entrar y salir en el sistema en función de los intereses de las empresas de este sector.

Por cierto, esta posibilidad va en contra de una línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo en cuanto al reconocimiento de un sistema de primas a la cogeneración. Así, ha sostenido que el régimen de fomento de la cogeneración debe conciliarse con el sistema restrictivo de ayudas de Estado contemplado en los artículos 87 y siguientes del Tratado de la Unión Europea (actual artículo 107 del TFUE), de tal manera que los planes derivados de una determinada acción respeten el principio de su eliminación gradual (STS de 9 de octubre de 2007). Es más, en una sentencia posterior de 9 de diciembre de 2009 (ponente Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), el Tribunal Supremo resuelve la impugnación del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por parte de una empresa propietaria de una central de ciclo combinado de

aproximadamente 800 MW, que produce simultáneamente electricidad y calor útil. La impugnación se fundamenta en que dicho reglamento establece un tope máximo de potencia (100 MW) para poder acogerse al correspondiente régimen de incentivos. Pues bien, el Tribunal Supremo sostiene que de la Directiva 2004/8/CE, relativa al fomento de la cogeneración, no se deduce la obligación ineludible de primar a cualquier instalación. Otra sentencia de esa misma fecha, 9 de diciembre de 2009 (ponente Eduardo ESPÍN TEMPLADO) insiste en esta idea al sostener que el referido Real Decreto no vulnera la citada Directiva, ya que ésta no impone la concesión de incentivos a todas las instalaciones de cogeneración.

No hemos de pasar por alto la evidente diferencia de redacción entre la citada Directiva 2004/8/CE y, por ejemplo, la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, la cual establece objetivos mínimos vinculantes para el conjunto de la Unión Europea y para cada uno de los Estados miembros. Concretamente, la Directiva establece como objetivo conseguir una cuota mínima del 20% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Unión Europea, el mismo objetivo establecido para España, y una cuota mínima del 10% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo de energía en el sector del transporte en cada Estado miembro para el año 2020.

Además, la Directiva requiere que cada Estado miembro elabore y notifique a la Comisión Europea (CE), a más tardar el 30 de junio de 2010, un Plan de Acción Nacional de Energías Renovables (PANER) para el período 2011-2020, con vistas al cumplimiento de los objetivos vinculantes que fija la Directiva. Dicho PANER, tal y como prevé la Directiva, debía ajustarse al modelo de planes de acción nacionales adoptado por la Comisión Europea a través de la Decisión de la Comisión, de 30 de junio de 2009. El Estado Español, a través de la Secretaría de Estado de la Energía, presentó dicho Plan dentro de los plazos establecidos por la Directiva.

Pues bien, frente a esta concreción, que obliga a un comportamiento proactivo y controlable de los Estados, la Directiva 2004/8/CE, relativa al fomento de la cogeneración, se expresa en términos tan vagos como «*se debe recomendar...*» o «*se anima...*», que dejan un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros.

No hemos de olvidar al respecto que el concepto de rentabilidad razonable se plasma en el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. El título es harto elocuente, no se trata de garantizar el sistema eléctrico sino su sostenibilidad financiera. Para ello se proclama que la rentabilidad razonable es una rentabilidad de proyecto, que girará, antes

de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado. Es decir, estamos tratando a inversiones empresariales como si fueran únicamente inversiones financieras, lo que dañará definitivamente la eficacia y eficiencia productiva del sistema. Es más, no es aventurado afirmar que este sistema retributivo empieza a asemejarse al de la Política Agraria Común (PAC), con la esclerosis pertinente que todo ello produce (16).

A tal efecto, no hay que olvidar que el sistema regulatorio español es doblemente inseguro: por uno lado, los cambios normativos se producen a un ritmo vertiginoso y son impredecibles; por otro lado, no es inusual el incumplimiento de algunas normas (ahí tenemos, sin ir más lejos, el principio de suficiencia tarifaria). En ese contexto, es imposible hablar de seguridad jurídica, máxime cuando determinadas medidas conllevan una retroactividad auténtica, como ha ocurrido respecto a la retribución del régimen especial. Como se puede comprobar, en muchas ocasiones estas decisiones han respondido a la necesidad de afrontar algunos problemas coyunturales de forma aislada (y en ocasiones problemas ajenos al propio sector eléctrico) mediante soluciones basadas en el intento de salir airoso a corto plazo. Falta una visión sistémica, que tenga en cuenta todos los impactos sobre los distintos agentes que operan en un sistema eléctrico interconectado. Por otro lado, el proceso de definición regulatorio español sufre de falta de transparencia y de una participación escasa de los agentes del sector.

Ahora bien, lo que es inapelable es que si no se garantiza la «rentabilidad razonable» de las actividades existentes en el sector de las energías renovables decae también la teoría de los riesgos regulatorios y, por tanto, se produce una quiebra incuestionable de la seguridad jurídica y un atentado flagrante a los principios de buena fe y confianza legítima. Dicho de otro modo, puede aducirse la teoría de los riesgos regulatorios siempre que no se sobrepase el límite infranqueable de la «rentabilidad razonable», que emana de la misma jurisprudencia (17).

(16) Por cierto, tal vez ha llegado el momento de que la Unión Europea destine menos recursos a la antediluviana PAC y empiece a impulsar definitivamente y financiar una auténtica PEC, una política energética común, que contribuya a afrontar los retos del futuro. Es cierto que la Unión Europea ha implementado diversos resortes para fomentar el uso de las energías renovables desde otras políticas (ambientales, agrícolas, de desarrollo tecnológico...) e instrumentos de financiación (Programas ALTENER, cohesión económica y social...). Véase al respecto DOMINGO LÓPEZ (2000: 53).

(17) CASTRO-GIL AMIGO (2012: 26) llega a plantearse la siguiente cuestión: «¿Qué rentabilidad razonable tienen los cientos de pequeños productores fotovoltaicos que en estos momentos tienen embargados todos sus bienes por no haber podido pagar las cuotas del ejercicio 2011 de los créditos que tuvieron que asumir para iniciar los proyectos que auspiciaba el Gobierno de España? De poco sirve que la rentabilidad de la inversión a largo plazo sea óptima, si el estrangulamiento del corto plazo dilapida la propia inversión».

4. Riesgo regulatorio y riesgo industrial: el trampantojo de la nueva regulación

Como ya hemos indicado, los parámetros que han de ser tenidos en cuenta para la actualización del régimen retributivo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley del Sector Eléctrico, son:

- i) situación cíclica de la economía,
- ii) la demanda eléctrica y
- iii) la rentabilidad adecuada de estas actividades.

Como puede observarse, estamos ante parámetros que ponen en evidencia la conversión de una actividad industrial en una mera actividad financiera. Sin embargo, como ocurre en toda actividad industrial, su funcionamiento acarrea unos riesgos, especialmente en el ámbito de la energía eólica, dado que la complejidad tecnológica de los aerogeneradores supone unos costes muy elevados de mantenimiento, que se elevan extraordinariamente en caso de avería o sustitución de los mismos. Dicho de otro modo, cualquier percance en el funcionamiento del parque eólico puede suponer una pérdida de millones de euros. La regulación del riesgo regulatorio no contempla ninguna situación destinada a concretar cómo afectan estas cuestiones vinculadas al riesgo industrial en la rentabilidad adecuada o razonable.

El cacareado 7,39% de rentabilidad razonable, que puede variar según las interpretaciones que se hagan de la norma en las diferentes revisiones de los parámetros retributivos, puede predicarse de un negocio financiero, en el que todo consiste en la aplicación de meras fórmulas matemáticas, pero carece de sentido en un negocio industrial, sometido a situaciones que generan un riesgo permanente. Dicho de otro modo, si lo que pretendía garantizar el Estado era un plazo fijo bien puede afirmarse que el interés establecido puede variar en función de múltiples circunstancias. Y todo ello se produce en un escenario de remuneraciones decrecientes de todas las deudas soberanas.

Por otro lado, los años para el cálculo de la rentabilidad razonable consideran todos los costes de inversión y promoción en el primer año. Si tenemos en cuenta que la autorización y puesta en marcha de un parque eólico en España llega a dilatarse entre 7 y 8 años de promedio desde que se realizan las primera gestiones, la rentabilidad razonable se reduce drásticamente si se tuvieran en cuenta dichos años y los altos costes que genera todo este procedimiento.

Por último, se obvia que, al final de la vida útil de parque eólico, sus titulares están obligados a desmantelar la instalación y realizar las correspondientes actuaciones para restaurar la situación anterior a la construcción del parque. Cabe recordar que la autorización de la instalación de todo parque eólico llevará implícita la obligación de remoción y restitución de los terrenos

que ocupa, una vez finalizada la actividad de producción de energía eléctrica. Se impone, por tanto, la obligación de dejar los terrenos en su estado original.

Quede claro que no estamos hablando en este supuesto de ningún tipo de irreversibilidad de derechos, lo que tratamos de evidenciar es que determinadas circunstancias de la actividad productiva pueden no garantizar la resiliencia, que subyace en la normativa aplicada, pues cree en la capacidad empresarial para asumir situaciones límites y sobreponerse a ellas.

Lo que los poderes públicos no han entendido en este caso es que, al contrario que en el supuesto de las prestaciones sociales, no tienen una capacidad de configuración completa y total de los derechos subyacentes, condicionada a situaciones imprevisibles ajenas a la voluntad tanto de los agentes privados como públicos.

5. Riesgo regulatorio y regulación administrativa y fiscal: la homogeneidad en un Estado complejo

La regulación formulada desde la Administración General del Estado prescinde de cualquier análisis e inclusión de la variopinta normativa tributaria de ámbito autonómico y local, que plantea desigualdades y en algunos casos grava de manera determinante los exiguos beneficios resultantes (18).

Por cierto, no deberíamos olvidar que la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, contempla un impuesto cuyo tipo de gravamen es del 7% y que se aplica a una base imponible constituida por el importe total que corresponda percibir al contribuyente por la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica. Por tanto, se aplica a la producción y no a los beneficios, por lo que puede alcanzar carácter confiscatorio en un sistema de drástica reducción de beneficios.

En otro orden de cosas, cabe recordar que el artículo 1.2 del Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, modifica el artículo 30.4 de la anterior Ley del Sector Eléctrico, y a la hora de establecer el cálculo de la retribución específica que pueden percibir las instalaciones generadoras de electricidad a través de las energías renovables, establece lo siguiente:

«A estos efectos, en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español.»

Pues bien, la panoplia de actos administrativos exigibles en la profusa legislación autonómica existente, tanto de carácter tributario como de carácter

(18) De la abigarrada y variopinta normativa al respecto da buena muestra LUCAS DURÁN (2013)

administrativo —en su doble versión de autorizaciones y concesiones (19)—, genera regulaciones diferentes y diferenciales.

Sin ir más lejos, la Comunidad de Castilla-La Mancha aprobó la Ley 9/2011, de 21 de marzo, por la que se crean el Canon Eólico y el Fondo para el Desarrollo Tecnológico de las Energías Renovables y el Uso Racional de la Energía en Castilla-La Mancha. Lo curioso del caso es que estos nuevos impuestos no han sido diseñados para desincentivar un impacto ambiental, ya que afectan a instalaciones no contaminantes, sino para recaudar dinero en tiempos de crisis. Y aunque pueden darse problemas de constitucionalidad, a tenor de lo establecido en la STC 179/2006, de 13 de junio, que declaró la inconstitucionalidad parcial del impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente, por recaer sobre la misma materia ya gravada por el Impuesto de Bienes Inmuebles, lo cierto es que las Comunidades Autónomas han encontrado en las llamadas «ecotasas» el principal sistema para incrementar sus ingresos por tributación directa.

Por otro lado, el sistema administrativo padece todo tipo de contingencias en función de la parte del territorio en la que nos movamos. Mucho antes de que el Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, procediera a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes la Comunidad Foral de Navarra procedió a la suspensión de la tramitación y la aprobación de los parques eólicos a través del Decreto Foral 685/1996, de 24 de diciembre. Dicha medida fue enjuiciada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 2 de octubre de 2007, que declaró la nulidad de su artículo 1.1.

Del caos normativo que se ha producido en el ámbito autonómico da buena muestra el Plan de Evacuación de Régimen Especial en Aragón (PEREA), tomado en ocasiones como ejemplo (20), que trataba de imponer un procedimiento concertado de resolución de conflictos, a través de la decisión conjunta de distribuidores, transportista, productores y Administración. Lo sorprendente de dicho Plan es que se podía recurrir a través de recursos administrativos, por lo que cabe presumir que carecía de carácter normativo (21).

(19) Recogidos parcialmente por GONZÁLEZ RÍOS (2011: 219-232).

(20) CASTELLANOS GARJO (2012: 237).

(21) El artículo 7 de la Orden de 30 de noviembre de 2000, del Departamento de Industria, Comercio y Desarrollo, por la que se dispone el procedimiento de asignación de conexiones a la red eléctrica para instalaciones de generación, en el ámbito del Plan de Evacuación de Régimen Especial de Aragón 2000-2002 (PEREA) preveía la posibilidad de interposición de un recurso administrativo contra la misma.

Lo curioso del caso es que el mismo Estado, que opta por no tomar en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español, ha renunciado sistemáticamente a hacer uso de la posibilidad contemplada en el artículo 150.3 de la Constitución de dictar leyes armonizadoras (22).

Ahora bien, ¿y si se hubiera producido una tolerada invasión competencial por parte de las Administraciones autonómicas de materias reservadas al Estado? ¿Y si lo fundamental, el acceso a la red, competencia del Estado, hubiera cedido ante lo accidental, el punto de conexión, lo que ha permitido que las Comunidades Autónomas se arrogaran de importantes competencias en este ámbito? (23). En ese caso, el Estado no podría eximirse de responsabilidad alguna aduciendo que estamos ante las contingencias propias de un sistema territorial complejo.

Dicho de otro modo, el Estado no ha utilizado la posibilidad de armonizar y, en consecuencia, homogeneizar el sistema, pero tampoco ha reaccionado cuando se ha ido a una mayor heterogeneidad como consecuencia de la extralimitación de las Comunidades Autónomas.

Para colmo, el Estado, que no está dispuesto a reconocer las diferencias que genera el variopinto sistema territorial existente, hace distinciones en sus propias normas en función de criterios estrictamente territoriales, como se puede comprobar en la Orden IET/1459/2014, de 1 de agosto, por la que se aprueban los parámetros retributivos y se establece el mecanismo de asignación del régimen retributivo específico para nuevas instalaciones eólicas y fotovoltaicas en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares. Obviamente, esta norma no se aplica en todo el territorio español y, en consecuencia, el propio legislador contradice el mismo principio que ha instaurado con carácter general.

En suma, tratar de manera igual lo que el sistema autonómico ha convertido en desigual atenta contra el principio básico de igualdad, tal como analizaremos en un epígrafe posterior.

6. Riesgo regulatorio y vulneración de la garantía relativa a la no regresión de derechos

El principio de no regresión de derechos surgió al hilo de la protección de determinados espacios naturales, con objeto de limitar las posibles modificaciones que pudieran afectarles, salvaguardando lo ya logrado. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha permitido consolidar el principio

(22) Véase LÓPEZ SAKO (2008: 613-617).

(23) Tesis que defiende CASTELLANOS GARIJO (2012: 200-202), que relata los pronunciamientos judiciales en los que se apoya.

de irreversibilidad limitada de la protección ambiental adquirida por un espacio concreto. Dicho principio no impide una reforma a la baja de cualquier pieza de la legislación ambiental aisladamente considerada sino la necesidad de garantizar un «equilibrio» entre el desarrollo económico y la protección ambiental, cuyos mínimos siempre se han de salvaguardar y contrastar (SSTC 64/1982, de 4 de noviembre, y 73/2000, de 14 de marzo) (24). Dicho principio también inspira la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (25).

Es obvio que este principio puede trasladarse a otros ámbitos, como los relacionados con determinados derechos culturales. De hecho, va abriéndose paso en el terreno de los derechos lingüísticos, especialmente en relación a las lenguas minoritarias. (26) Pero no vamos a ignorar que resulta extraordinariamente complicado llevarlo a los sectores económicos.

Sin embargo, ¿qué ocurriría si se hubiera «normativizado» ese principio? ¿Qué sucedería si encontráramos una norma que garantizara la no regresión del sistema de retribución aplicable a determinadas instalaciones eléctricas?

Pues bien, recordemos que el artículo 44.3 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que regulaba la producción de energía eléctrica en régimen especial (27) establecía lo siguiente:

«Artículo 44. Actualización y revisión de tarifas, primas y complementos.

3. Durante el año 2010, a la vista del resultado de los informes de seguimiento sobre el grado de cumplimiento del Plan de Energías Renovables (PER) 2005-2010 y de la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España (E4), así como de los nuevos objetivos que se incluyan en el siguiente Plan de Energías Renovables para el período 2011-2020, se procederá a la revisión de las tarifas, primas, complementos y límites inferior y superior definidos en este real decreto, atendiendo a los costes asociados a cada una de estas tecnologías, al grado de participación del régimen especial en la cobertura de la demanda y a su incidencia en la gestión técnica y económica del sistema, garantizando siempre unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Cada cuatro años, a partir de entonces, se realizará una nueva revisión manteniendo los criterios anteriores.

Las revisiones a las que se refiere este apartado de la tarifa regulada y de los límites superior e inferior no afectarán a las instalaciones cuya acta de puesta

(24) Véase al respecto LÓPEZ RAMÓN (2011).

(25) SSTs de 29 de marzo de 2012 (ROJ 2000/2012) y de 29 de noviembre de 2012 (ROJ 7778/2012). De ambas sentencias fue ponente Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE.

(26) RUIZ VIEYTEZ (2004: 16-17).

(27) Cabe recordar que para calificar una instalación como de régimen especial se tenía en cuenta tanto la fuente energética realizada como su potencia. Véase al respecto GIMÉNEZ CERVANTES (2010: 84)

en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión.»

Este segundo párrafo permite salvaguardar el régimen retributivo aplicable a determinadas instalaciones, con independencia de las vicisitudes inherentes al concepto de riesgo regulatorio. Dicho de otro modo, no estamos ante la dificultad de interpretar un principio jurídico sino ante la necesidad de aplicar una norma concreta y específica reconocedora de derechos.

Por cierto, el Real Decreto 463/2004, de 12 de marzo, ya establecía como objeto, según su artículo 1: «a) *La actualización, sistematización y refundición de las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de las normas sobre régimen jurídico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial recogidas en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico; b) El establecimiento de un régimen económico duradero para las instalaciones acogidas al régimen especial, basado en una metodología de cálculo de la retribución, objetiva y transparente, compatible con la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia, regulada por el Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre.*»

Esta norma reglamentaria intentó acabar con el marasmo regulatorio vigente hasta entonces, lleno de disposiciones transitorias que contemplaban todo una amalgama de excepciones. La seguridad jurídica, que conlleva la garantía de aplicación de las medidas durante toda la vida útil de la instalación, permite superar dicho marasmo y fijar un horizonte que parecía estable. En suma, se introdujo la cláusula habitual destinada a garantizar la perdurabilidad del sistema.

Llegados a este punto, cabría recordar que el principio de no regresión se encuentra implícito en nuestra legislación funcionarial. En efecto, de ningún otro modo podría entenderse la regulación de algunas situaciones administrativas, como la de servicios especiales (28).

(28) Recordemos que el artículo 87.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado público establece: «*Quienes se encuentren en situación de servicios especiales percibirán las retribuciones del puesto o cargo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios de carrera, sin perjuicio del derecho a percibir los trienios que tengan reconocidos en cada momento. El tiempo que permanezcan en tal situación se les computará a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación...*». Y el apartado tercero de dicho artículo dispone que «*quienes se encuentren en situación de servicios especiales tendrán derecho, al menos, a reingresar al servicio activo en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan. Tendrán, asimismo, los derechos que cada Administración Pública pueda establecer en función del cargo que haya originado el pase a la mencionada situación. En este sentido, las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a*

No hemos de olvidar que los principios y las instituciones jurídicas pueden ser diferentes ramas de un tronco común, cuando no son diferentes términos que responden a un concepto unívoco, que adquiere diferentes denominaciones según la época, el país o incluso el ámbito sectorial en el que incide (29).

El principio de no regresión no implica una congelación o petrificación del pasado, pero sí la garantía de que el núcleo esencial de derechos existente no será objeto de un cambio a peor, de una *reformatio in pejus*. Significa, en el fondo, que el núcleo duro de las relaciones jurídicas o de las situaciones básicas que reconoce una determinada normativa no va a sufrir las consecuencias de ninguna forma de retroactividad, ni siquiera la de grado mínimo o impropia. Como ya hemos indicado, es evidente la dificultad que acarrea trasladarlo sin más a otros ámbitos y, especialmente, a los de dimensión preponderantemente económica. Por ello, un estudio completo de esta cuestión requiere centrarse en el análisis específico de los problemas que plantean los diferentes tipos de retroactividad.

7. Riesgo regulatorio e irretroactividad

El Tribunal Constitucional ha enjuiciado la prohibición de irretroactividad aludiendo a diferentes criterios para determinar el grado de retroactividad. Ya en la STC 6/1983, de 4 de febrero, esgrime la existencia de tres tipos de retroactividad:

i) Una retroactividad de grado máximo, que implica que la nueva norma se aplica a la relación jurídica o situación básica creada bajo el imperio de la norma anterior, incidiendo en todos sus efectos, consumados o no.

ii) Una retroactividad de grado medio, que supone que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad, pero no a los consumados o agotados.

la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos, miembros del Poder Judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o que hayan sido elegidos Alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, Presidentes de Diputaciones o de Cabildos o Consejos Insulares, Diputados o Senadores de las Cortes Generales y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Como mínimo, estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública.»

(29) Michel PRIEUR (2011: 29-30), quien es uno de los principales autores en la propagación del principio de no regresión, recuerda que la terminología utilizada para la aplicación de este principio aún no se encuentra establecida de forma definitiva, de ahí que la doctrina lo denomina de diversa manera según los países. Así, por ejemplo, es posible encontrarlo como principio de no regresividad, *standstill*, cláusula de status quo, cláusula de eternidad, cláusula de salvaguardia, intangibilidad de derechos adquiridos, intangibilidad de los derechos fundamentales o efecto trinquete anti-retorno.

iii) Una retroactividad de grado mínimo, que implica que la nueva norma solo va a producir efectos para el futuro, aunque la relación jurídica o situación básica haya surgido conforme a la anterior norma.

Sin embargo, con posterioridad, el propio Tribunal Constitucional parece decantarse por una clasificación bipartita de la retroactividad, distinguiendo entre retroactividad impropia y auténtica. Apriorísticamente, podría considerarse que un recorte en las ayudas estatales a las energías renovables genera una situación de retroactividad impropia. Y sabemos que ese carácter impropio de la retroactividad no ha servido para hacer prosperar las acciones fundamentadas en la vulneración de la prohibición de irretroactividad establecida en el artículo 9.3 de la Constitución. Se han suscitado algunos conflictos cuando las leyes han pretendido afectar a determinados derechos adquiridos, distintos a las simples expectativas de derechos. A tal efecto, el Tribunal Constitucional interpreta la irretroactividad señalando que «... *no impide la incidencia de una nueva ley en cuanto a su proyección hacia el futuro: la prohibición de retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros, condicionados, ni a las expectativas*» (SSTC 173/1996, de 31 de octubre, 182/1997, de 28 de octubre y 90/2009, de 20 de abril).

Ahora bien, tras esta primera aproximación al problema y con independencia de la elevación a rango normativo del principio de no regresión de derechos, debemos plantear la cuestión desde una perspectiva más profunda y, tal vez por ello, más radical.

A tal efecto, cabe recordar que el artículo 9.3 de la Constitución establece «*la irretroactividad de las disposiciones... restrictivas de derechos individuales*». En términos de nuestra jurisprudencia constitucional, lo que se prohíbe en todo caso es la retroactividad «auténtica», pero no así la denominada retroactividad «impropia», que depende de otras circunstancias conectadas con la seguridad jurídica y la previsibilidad de actuación futura de cada sujeto en atención al principio de protección de la confianza legítima: «*resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia. En el primer supuesto —retroactividad auténtica— la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo —retroactividad impropia— la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la*

seguridad jurídica, y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso» (SSTC 112/2006, de 5 de abril, fundamento jurídico nº 17; 126/1987, de 16 de julio, fundamento jurídico nº 11; 182/1997, de 28 de octubre, fundamento jurídico nº 11). En definitiva, «lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir» (SSTC 42/1986, de 10 de abril, fundamento jurídico nº 3; 97/1990, de 24 de mayo, fundamento jurídico nº 4).

Pues bien, en relación a dicha jurisprudencia, y sin olvidar que estamos ante la restricción cuantitativa y cualitativa de típicos «derechos individuales», cabe resaltar que el cálculo de la rentabilidad razonable lleva aparejada la retroactividad, en la medida en que se tiene en cuenta toda la vida útil de la instalación, incluidos los años previos a la promulgación de esta normativa, que estuvieron sometidos a un régimen retributivo y jurídico completamente distinto. Recordemos que el 7,39 (antes de impuestos) que se intenta garantizar de rentabilidad razonable supone dejar sin retribución actual o reconocer una retribución mínima a muchas instalaciones que se erigieron sobre parámetros crediticios y tecnológicos completamente distintos a los actuales. Por tanto, se produce una afectación restrictiva sobre derechos ya devengados y consumados y, en consecuencia, no hay una actualización de los parámetros en un nuevo período retributivo sino la extensión de los nuevos parámetros a períodos retributivos que han dado ya derechos adquiridos y situaciones jurídicas extintas. Bien podría afirmarse que estamos en presencia de una «retroactividad auténtica en diferido».

Por otro lado, no debemos olvidar que, a la hora de fijarse la rentabilidad de las actividades de transporte y distribución se renuncia a cualquier atisbo de retroactividad y ello a pesar de que estamos ante monopolios naturales, tutelados por el Estado. Aun siendo cierto que les reconoce una rentabilidad algo inferior a la de las energías renovables, para su cálculo, en el caso de la distribución y el transporte, no se tiene en cuenta lo percibido en años anteriores ni se emplea, por tanto, en modo alguno para cuantificar las retribuciones futuras. En suma, en este caso sí es posible hablar de retroactividad impropia, al contrario de lo que sucede en el ámbito de las energías renovables.

No debemos olvidar tampoco el grave desequilibrio existente entre la posición jurídica de los poderes públicos y la de los ciudadanos. Frente a la incomprensible modificación legal de situaciones ya consolidadas que plantea la normativa que estamos enjuiciando, a los poderes públicos se les aplican

teorías como la de que ha permitido la eficacia prospectiva de la declaración de nulidad de las leyes. Dicha teoría ha preservado la validez de las relaciones jurídicas ya agotadas y, en consecuencia, ha limitado el derecho a la devolución de las sumas ingresadas por determinados conceptos tributarios antes de la publicación de la Sentencia, siempre que la liquidación haya adquirido firmeza y no sea susceptible de impugnación (30). Por tanto, frente a la retroactividad auténtica o absoluta que se aplica a los empresarios se opone la irretroactividad absoluta, y probablemente *contra legem*, de la que se beneficia la Administración en determinados supuestos. Dicho de otro modo, frente al carácter prospectivo y protector del que disfruta la Administración nos topamos con el carácter retrospectivo de esta especie de «quita y espera» que recoge solapadamente la normativa que estamos analizando. En cualquier caso, esta jurisprudencia pone de manifiesto que existen principios constitucionales que se imponen incluso al de estricta legalidad (31).

Por último, deberíamos convenir que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima lo que pretenden es dar estabilidad temporal al principio de legalidad. O, dicho de otra manera, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima constituyen la dimensión temporal del principio de legalidad. ¿De qué sirve el principio de legalidad en tiempos de legislación acelerada e impulsada por el abusivo recurso a los decretos-leyes y de normas reglamentarias de dimensiones inabarcables? ¿Cabe seguridad jurídica en un contexto en el que las normas padecen una obsolescencia programada e inmediata? Esto tiene trascendental importancia. No vaya a ser que terminemos viviendo en una situación pareja a la definida por Bodino para apuntalar la monarquía absoluta en el S. XVI, cuando trajo a colación el principio de *nulla obligatio consistere potest, quae a voluntate promittentis statum capit* (no puede mantenerse ninguna obligación que nazca de la voluntad de quien hace la promesa) (32).

(30) STC 45/1989, de 20 de febrero.

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA (1989: 6) encuentra precedentes de este principio en la justicia norteamericana y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Desde la STC 45/1989, de 20 de febrero, parece haber tomado carta de naturaleza en los casos en los que la irretroactividad venga exigida por alguno de los principios constitucionales que amparen los valores necesitados de una mayor protección que el de la estricta legalidad. El propio Magistrado ponente de la Sentencia, RUBIO LORENTE (1988: 39) explicaba la postura que iba a asumir el Tribunal Constitucional antes de que fuera publicada. A su juicio, la extensión hacia el pasado de la eficacia *erga omnes* de la decisión judicial, con independencia de cuál sea la forma que adopta y la construcción teórica que la explica, no es una exigencia del sistema, sino el resultado de una decisión que intenta equilibrar el respeto a la seguridad jurídica con el servicio a la igualdad y a la justicia.

(32) Véase al respecto ABELLÁN GARCÍA (2014: 67).

8. Riesgo regulatorio e interés general: la interdicción de la arbitrariedad a la luz del sistema de ayudas del Derecho comunitario, de la protección del medio ambiente y de la planificación

Partamos de una idea previa, el interés general no está al servicio de la Administración sino la Administración al servicio del interés general. La segunda cuestión radica en determinar quién fija el interés general. Y en un Estado complejo, que ha cedido soberanía a instancias supranacionales, el interés general se fija en diferentes ámbitos y escalones (33). Por otro lado, no podemos omitir el valor normativo de la Constitución y su capacidad para imponerse sobre el legislador. Además, el interés general no solo constituye el fundamento de cualquier actuación pública, también la condiciona y fija sus límites, dado que, en ningún caso, puede ser un atributo ilimitado de poder conferido a las Administraciones públicas. No existe un omnipotente interés general abstracto, el interés general determina fines y evalúa los medios establecidos para lograrlos. Por último, cabe recordar que la Administración también dispone de instrumentos que contribuyen a concretar el interés general, siendo de especial relevancia a este respecto la técnica de la planificación.

Tampoco debemos olvidar que la LSE, recogiendo la terminología europea al respecto, proclama que el suministro de energía eléctrica constituye un servicio de interés económico general, pues la actividad económica y humana no puede entenderse hoy en día sin su existencia. Esta caracterización debería condicionar las políticas que se configuren.

Por otro lado, el fundamento de la actividad administrativa de fomento está en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos, que pueden ser económicos, jurídicos u honoríficos. Tras las energías limpias subyacen determinados objetivos vinculados con la consecución del interés general, como son la eficiencia y diversificación energética, la protección del medio ambiente y la no dependencia energética del exterior.

En relación al primer objetivo parece oportuno reseñar que, desde el Real Decreto-Ley 9/2013, la prima se pasa a pagar en función de la potencia instalada y no de los kilovatios producidos. Dicho de otro modo, un parque de 1.500 horas percibirá la misma retribución a la inversión que uno de 3.000 horas. Como resulta obvio, esta medida, que puede generar ahorro económico, choca frontalmente con la consecución del objetivo de la eficiencia de nuestro sistema energético.

(33) Resulta aún de interés releer el pionero trabajo de BERMEJO VERA (1984: 103-138) donde aborda algunas cuestiones que volverán a plantearse de manera reiterativa en los recursos y conflictos interpuestos ante nuestro Tribunal Constitucional.

Por otro lado, viene bien recordar en esos momentos que las medidas de apoyo, en principio prohibidas a tenor del artículo 107 del TFUE, dado que pueden falsear o amenazar la competencia, se han considerado válidas cuando tienen por objeto la protección del medio ambiente. El sistema de ayudas al sector de las energías renovables encuentra su acomodo en el artículo 107.3.c) del TFUE, que considera compatibles con el mercado interior «*las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de actividades..., siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma propia contraria al interés común*»; así como en la necesidad de integrar la protección medioambiental en las demás políticas comunitarias, como la política energética, lo que se deduce del artículo 11 del referido Tratado. Su reconocimiento se explicita en el artículo 194.1 del TFUE que establece que la política energética de la Unión Europea tiene por objetivo «*fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables*».

En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actualmente, Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en su Sentencia de 13 de marzo de 2001 (*Caso Preussen Elektra AG contra Schleswag*) (34) ha mantenido que una ley alemana que obligaba a las empresas privadas suministradoras a adquirir la electricidad generada en su zona de influencia por fuentes de energías renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y que reparte la carga financiera derivada de dicha obligación entre dichas empresas suministradoras y los gestores privados de redes de electricidad situados en un nivel de distribución anterior, no constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92.1 del Tratado constitutivo (posterior artículo 87 y actual artículo 107 del TFUE). Dicha doctrina no se ha modificado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2013 (35), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Conseil d'État (Francia), dado que el problema que aborda es la falta de notificación a las instancias europeas de una medida de apoyo que constituye una intervención mediante fondos estatales. Es más, si se considera que es el cambio en el mecanismo de compensación del sobre coste lo que ha llevado al TJUE a calificar la medida como ayuda de Estado lo que se estaría comprometiendo es todo nuestro sistema con la posible afección al sector de

(34) Véase al respecto RAZQUIN LIZARRAGA (2001: 179-182).

(35) Dicha Sentencia resuelve el asunto C-262/12 y considera ayuda de estado el mecanismo de compensación de los sobrecostes en que incurren las empresas en virtud de una obligación de compra de electricidad de origen eólico a un precio superior al de mercado, cuya financiación recae en los consumidores finales, previsto en la ley francesa 2000-108, de 10 de febrero.

las grandes empresas, que reciben ayudas solapadas a través del reconocimiento del llamado déficit de tarifa, que va acompañado del correspondiente aval del Estado.

La Unión Europea se refiere a las medidas de fomento de las energías limpias con el término de «sistemas de apoyo». La Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al fomento del uso de la energía procedente de fuentes de energías renovables, define como «sistema de apoyo», cualquier instrumento, sistema o mecanismo aplicado por un Estado miembro o un grupo de Estados miembros, que promueve el uso de energía procedente de fuentes renovables gracias a la reducción del coste de esta energía, aumentando su precio de venta o el volumen de energía renovable adquirida, mediante la obligación de su utilización u otro tipo de medidas (36). Entre esas medidas de impulso se incluyen las ayudas a la inversión, las exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos, los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables —incluidos los que emplean «certificados verdes»— y los sistemas de apoyo directo a los precios (como tarifas reguladas o primas).

Podría sostenerse que los diferentes incentivos al régimen especial no encajan dentro del concepto formal y estricto de subvención pública sino en el de la potestad tarifaria de la Administración, a pesar de que la referida Directiva no parece excluirlos del concepto más amplio de «sistemas de apoyo». Es más, también podría aducirse que lo que realmente es un sistema de apoyo encubierto o solapado es el llamado déficit de tarifa. Y también la denominada moratoria nuclear.

Esta obligación de utilización de energías renovables consiste en un sistema nacional de apoyo que obliga a los productores de energía a incluir un determinado porcentaje procedente de fuentes renovables en su producción, a los proveedores de energía a incluir un determinado porcentaje de estas energías en su oferta o a los consumidores de energía a utilizar un determinado porcentaje procedente de este tipo de fuentes. Cabe incluir aquí los supuestos en que aquellas obligaciones se cumplen disponiendo de «certificados verdes».

Por otro lado, nos enfrentamos al respecto con equívocos basados en prejuicios o incluso en errores intencionados. Se ha extendido la idea de que las medidas de apoyo a las energías renovables son una cuestión típicamente española y se les ha achacado la inviabilidad económica del sistema. Sin embargo, de los trabajos consultados se deduce que estamos ante unas medidas asumidas con carácter general por los diferentes Estados europeos. Sin ánimo exhaustivo, cabe recordar que en Alemania o Dinamarca el sistema de ayudas

(36) DOMINGO LÓPEZ (2000: 232-328) ya analizó la compatibilidad del sistema de primas al régimen especial con las normas comunitarias.

se articula a través de las tarifas reguladas, que en Francia se apoya en los beneficios fiscales y las subvenciones, además de en las tarifas reguladas, que en el Reino Unido descansa en el sistema de cuotas, privilegios fiscales y subvenciones, que en Suecia se concreta en el sistema cuotas, *bonus* medioambiental y subvenciones, y en Finlandia en las tarifas reguladas, subvenciones y préstamos a bajo interés. Portugal y Grecia también cuentan con un sistema de tarifa regulada e importantes privilegios fiscales, que se complementa en el país heleno con las correspondientes subvenciones (37). Es más, esta no es una cuestión que se circunscriba únicamente al ámbito europeo. En Estados Unidos también se ha previsto un sistema de medidas públicas de apoyo para fomentar el desarrollo de la energía eólica (38).

A veces también se olvida que los sistemas de apoyo pueden establecerse de forma individualizada por cada Estado miembro o bien por un conjunto de Estados. Así, el artículo 11.1 de la Directiva establece que «... *una cantidad determinada de energía procedente de fuentes renovables producida en el territorio de un Estado miembro participante podrá tenerse en cuenta para el objetivo nacional de otro Estado miembro...*».

En este último caso, se está permitiendo que un Estado miembro alcance objetivos de cuota superiores al 20% y que el exceso conseguido pueda ser computable a otro Estado miembro deficitario en cuanto a la cuota conseguida de energía procedente de energías renovables, que habrá de computarse en relación al consumo final bruto de energía de la Unión para el año 2020 (39).

Por otro lado, es frecuente que la doctrina se fije en las posibles afecciones de los parques eólicos sobre el medio ambiente y, en cambio, se olvida con frecuencia que estamos en presencia de una forma de producción de energía apoyada por la Unión Europea precisamente por su carácter ambiental. El artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, recoge la posibilidad de que los Estados miembros puedan imponer a las empresas eléctricas obligaciones de servicio público referidas a la protección ambiental tales como la eficiencia energética, la utilización de energías procedentes de fuentes de energías renovables o la protección de la clima, pudiendo establecer una planificación a largo plazo que tenga en cuenta la posibilidad de accesos a la red. La imposición de este tipo de «obligaciones de servicio público» podría constituir una importante medida

(37) Véase al respecto DÍAZ DE LA CRUZ (2009: 50-83).

(38) Tal como se deduce del trabajo de J. Anthony ABBOTT, «Public support systems and permitting procedures for wind power in the Unites States», publicado en TORRES LÓPEZ y ARANA GARCÍA (Dir.) (2010: 469-481).

(39) DELGADO PIQUERAS (2011: 456) defiende una política pública europea que armonice los sistemas nacionales de apoyo.

de fomento e impulso para las energías renovables. En la última Directiva, tal como vamos a explicar posteriormente, se intenta reducir el amplio margen de discrecionalidad que ostentaban los Estados a la hora de establecer una planificación en este sentido e imponer las obligaciones de servicio público relacionadas con la protección ambiental.

Junto a las referidas previsiones comunitarias, la adopción de medidas de fomento respecto a las energías limpias encuentra su fundamento constitucional en el artículo 45 de la Constitución Española, que reconoce el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el deber de conservarlo. Para ello los *«poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva»* (40).

Es precisamente en esa necesidad de velar por la utilización racional de los recursos naturales donde se incardina la obligación de los poderes públicos de fomentar el uso de las mejores tecnologías y de fuentes energéticas no contaminantes. A tal efecto, cabe recordar que este artículo constitucional ha servido para modular el contenido de otros derechos, como el derecho de propiedad o la libertad de empresa, ubicados en un capítulo II del Título I de la Constitución y, por tanto, que gozaban apriorísticamente de un mayor nivel de protección (41).

Llegados a este punto, reconozcamos que es casi imposible encontrar una actividad económica que sea completamente inocua desde la perspectiva de la afección a la naturaleza. Recordemos la frase con la que el oráculo ateniense contestó a un joven atribulado: *«hagas lo que hagas, te arrepentirás»*. Ahora bien, una actividad no inocua no ha de ser necesariamente inicu o, al menos,

(40) El encumbramiento de este precepto como parámetro de la constitucionalidad de otras normas que desarrollan otros preceptos constitucionales, que gozan a priori de mayor protección, no se podría entender sin la estimable aportación de muchos autores y la configuración una auténtica función pública de protección de los recursos naturales. Aunque pudiera parecer un trabajo menor, por su meridiana claridad y sobria concisión, cabe citar al respecto LÓPEZ RAMÓN (1994: 41-48).

(41) El carácter vinculante de los principios rectores y, especialmente, en relación a la protección del medio ambiente se manifiesta en los siguientes puntos: a) permite postular determinadas políticas legislativas y eleva la protección de determinados bienes jurídicos a la categoría de fin del Estado a conseguir en cumplimiento de la Constitución; b) posibilita el control constitucional de las leyes de desarrollo, tanto desde el Tribunal Constitucional como desde los Tribunales ordinarios (a través de la cuestión de inconstitucionalidad); c) implica la prohibición de cualquier actuación pública que perjudique a estos principios; d) justifica limitaciones a los derechos fundamentales o de otros bienes constitucionales; e) constituye, además, un mandato constitucional de optimización, que exige su consecución en cada momento en la medida de lo jurídica y fácticamente posible; y h) actúa como garantía institucional, lo que supone un núcleo o reducto indisponible para el legislador.

nociva. Y, en todo caso, siempre habrá una escala, una graduación de lo más nocivo o no en función de los valores imperantes. En la actualidad, un valor esencial es la puesta en marcha de estrategias contra el cambio climático. Por ejemplo, no se puede negar que la utilización industrial de la energía eólica puede producir afecciones a la fauna y al paisaje. Sin embargo, dichas afecciones son irrelevantes en comparación con otras formas de generación de energía eléctrica y, sin ir más lejos, con el apoyo incondicional que se sigue dando en nuestro país al carbón y al gas.

Y a esta pulsión a favor de la dimensión ambiental de las energías renovables no han sido ajenas ni la Administración General del Estado ni las Comunidades Autónomas (42).

Pero es más, ha existido una planificación del sector tanto a nivel estatal, Plan de Energías Renovables 2005-2010 y Plan de Energías Renovables 2011-2020, y autonómica, que en Aragón ha tenido dos modalidades específicas: por un lado, la necesidad que se imponía el Decreto 279/1995 al promotor de elaborar un Plan Eólico Estratégico y el correspondiente sometimiento a la discrecionalidad de la autoridad administrativa; y, por otro lado, la planificación también está implícita del Decreto 124/2010, de 22 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se regulan los procedimientos de priorización y autorización de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica en la Comunidad Autónoma de Aragón. Recordemos que la libre iniciativa empresarial siempre ha estado condicionada por un sistema de autorizaciones autonómicas impregnado de la esencia de las típicas concesiones administrativas. La discrecionalidad de la Administración, tanto a la hora de establecer algunos criterios como al aplicarlos, ha permitido que estuviéramos ante actos de naturaleza *cuasi-concesional*, a pesar de la tradicional inexistencia de reserva formal alguna de la actividad de producción al sector público y de que la generación no constituye ningún monopolio jurídico o natural. Esta situación suponía *de facto* una planificación vinculante, que además debía cohonestarse con la necesaria planificación que ha de aplicarse a la actividad de transporte de energía.

En relación al Plan de Energías Renovables 2011-2020, cabe recordar que, agotado el período de vigencia del Plan 2005-2010 y atendiendo al mandato establecido en la Ley de Economía Sostenible, el Gobierno de España elaboró y aprobó, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre

(42) Sin ánimo exhaustivo, cabe recordar las leyes autonómicas relativas al fomento de las energías renovables: Ley 10/2006, de 21 de diciembre, de Energías Renovables y Ahorro y Eficiencia Energética de la región de Murcia, Ley 1/2007, de 15 de febrero, de Fomento de las Energías Renovables y Ahorro y Eficiencia Energética en Castilla-La Mancha, y Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y Ahorro y Eficiencia Energética en Andalucía.

de 2011, un nuevo Plan para el período 2011-2020. Este Plan incluye el diseño de nuevos escenarios energéticos y la incorporación de objetivos acordes con la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, la cual establece objetivos mínimos vinculantes para el conjunto de la Unión Europea y para cada uno de los Estados miembros (43). Concretamente, la Directiva establece como objetivo conseguir una cuota mínima del 20% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Unión Europea, el mismo objetivo establecido para España, y una cuota mínima del 10% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo de energía en el sector del transporte en cada Estado miembro para el año 2020.

Pues bien, no solo estamos ante una planificación indicativa, caracterizada por una regulación exhaustiva del sector y por la fijación de estímulos para la consecución de los objetivos previstos, sino que, como acabamos de analizar, existe una planificación que persigue el cumplimiento de los objetivos vinculantes establecidos en diferentes normas del Derecho comunitario.

Lo contrario supondría reconocer una ausencia sobrevenida de planificación a largo plazo, lo que puede acarrear el triunfo de la improvisación y de lo coyuntural. Las únicas políticas viables son aquellas que se sustentan en una estrategia de planificación capaz de sobreponerse a las veleidades de las coyunturas específicas. La planificación es el instrumento básico de actuación en las políticas urbanísticas, medioambientales, fiscales y sociales. Tendemos a prescindir de la planificación y a ignorar la coordinación y, al final, nos encontraremos con ciudadanos en conflicto con las Administraciones públicas y con las diferentes Administraciones públicas en conflicto.

A todo ello hay que unir la necesidad de alcanzar el objetivo de aminorar nuestra dependencia energética del exterior, máxime cuando muchas de los recursos que se adquieren se encuentran en zonas de insegura y mudable situación política.

En suma, vivimos tiempos de crisis en el que el interés general parece estar únicamente vinculado a un concreto y específico interés económico inmediato. Pero la rentabilidad de un proyecto estratégico energético a largo plazo

(43) La Directiva cuenta con algunos contenidos vinculantes y con otros de carácter programático. Pero una de las diferencias de esta Directiva con sus antecesoras es el carácter vinculante de los objetivos establecidos en cuanto al uso de las energías renovables. También son vinculantes los Planes nacionales de acción y la admisión de garantías de origen de otros países. Véase al respecto ALENZA GARCÍA, José Francisco, «El cambio climático y las energías renovables. La nueva Directiva europea de energías renovables» publicado en TORRES LÓPEZ y ARANA GARCÍA (Dirs.) (2010: 86-87).

debería sopesar no solo los aspectos meramente presupuestarios sino también la rentabilidad social y medio ambiental.

Y todo lo dicho hasta ahora pone de manifiesto un resquebrajamiento del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad. Recordemos que la interdicción de la arbitrariedad, como ha explicado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1998: 160) exige que *«las razones justificativas aducidas por el legislador sean susceptibles de explicar satisfactoriamente la adecuación a los objetivos pretendidos»*, lo que implica una idoneidad de los medios y las técnicas puestas en juego para lograr los fines perseguidos, así como su capacidad para alcanzarlos sin imponer sacrificios innecesarios por excesivos. El control de la arbitrariedad no ha de ser únicamente un control formal destinado a evaluar la racionalidad de la norma, ha de basarse en un criterio de razonabilidad, que supone una indagación más precisa del proceso decisorio, que requiere valorar la adecuación de los medios a los fines, su proporcionalidad y la idoneidad de las técnicas adoptadas (44). A parecida conclusión se llega, aunque desde la mera perspectiva del control de la actuación administrativa, por GARCÍA DE ENTERRÍA (2009: 160-164), quien pone de manifiesto que la interdicción de la arbitrariedad no es un principio abierto, informal o puramente estimativo. Es un principio que se concreta en técnicas precisas, como la buena fe —que bien podría considerarse el trasunto español de la confianza legítima—, la proporcionalidad y la razonabilidad.

Por cierto, cabría recordar que la adopción de todo el conjunto de medidas supresoras de incentivos, que ha perjudicado especialmente a las energías renovables, no ha impedido que en el último año se terminara con un importante déficit de tarifa, similar o incluso superior al de años precedentes. Y, en ese sentido, no solo hay una arbitrariedad en el origen de la normativa, existe también una arbitrariedad que aflora cuando los resultados obtenidos son contrarios a los fines perseguidos.

Y, por último, no hay mayor arbitrariedad jurídica que la incertidumbre, la imposibilidad de saber de antemano si la inversión económica o la acción jurídica van a prosperar, a pesar de reunir las condiciones exigidas en el momento en que se emprenden. La situación permanente de incertidumbre que padecemos terminará por quebrar, si no lo ha hecho ya, la noción de «sistema» jurídico. Y esta incertidumbre se acrecienta por el permanente y vertiginoso proceso de modificación de la normativa aplicable a esta materia.

(44) Véase al respecto COMELLA DORDA (1997: 53), que hace un muy interesante análisis del modo en que se controla la potestad reglamentaria de las agencias por parte de los tribunales norteamericanos y, en especial, de la aplicación del criterio de razonabilidad.

9. La espinosa cuestión del déficit de tarifa

El mercado de la energía ha sido y es un mercado intervenido, en el que las decisiones adoptadas por los poderes públicos han tenido un peso determinante en la conformación final de los precios. A tal efecto, cabe recordar que las diferentes normas que han regulado esta cuestión han previsto la obligatoriedad de priorizar la compra de las energías renovables, dado que su funcionamiento depende de fenómenos naturales ajenos a las decisiones humanas. Esta obligatoriedad se ha concretado en la llamada «prioridad de acceso», aplicable también a la energía nuclear, aunque por otras razones. Ello ha implicado que se dieran situaciones en las que la oferta de energía fuera muy superior a la demanda. En ese caso, podía cubrirse toda la demanda energética con las únicas aportaciones de las energías renovables y ello suponía que el precio de la energía que se casaba en la correspondiente subasta podía ser cero. En la actualidad, es posible parar el parque eólico y evitar dicha situación, que, como vamos a demostrar, no era beneficiosa ni para la industria ni para las cuentas públicas.

En momentos de poca demanda, la energía eólica podía acabar «regalando» la energía producida. Esto justificaría por sí solo la necesidad de configurar un sistema de ayudas, que se concretó en las célebres «primas». Con ellas se intentaba alcanzar el «precio» estimado para incentivar la instalación de ese tipo de tecnología en nuestro país. Dicho de otro modo, al precio resultante de la subasta se le sumaba una cantidad (prima) hasta que se alcanzaba ese «precio» acordado, que fue determinante para que los empresarios nacionales e internacionales apostaran por realizar importantes inversiones en este sector. Es más, podía darse incluso el supuesto de «prima negativa» si en el mercado se alcanzaba un precio superior al establecido como razonable para este sector.

Cabe recordar al respecto que el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, ofreció dos alternativas de retribución al régimen especial, bien mediante tarifa regulada o «fija» o bien mediante participación voluntaria en el mercado que, como hemos indicado, implicaba obtener el precio establecido por el mismo y además una prima que se establecía como un porcentaje de la tarifa media o de referencia. Esta cuantía venía a equivaler a la retribución mediante tarifa regulada. Con anterioridad a la promulgación del Real Decreto 436/2004 se implantaron diferentes mecanismos de retribución, que pueden resumirse en el precio fijo (Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre), precio en el mercado más primas (Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre) y precio de mercado más prima más incentivo (Real Decreto 841/2002, de 2 de agosto) (45).

(45) CASTELLANOS GARJO (2012: 123-128)

Como puede observarse, la opción de acudir al mercado sin restricciones fue descartada por todo el sector y, posteriormente, por el legislador, dado que, al mantenerse la obligatoriedad consustancial a la «prioridad de acceso», la desmedida oferta de energía renovable, que se multiplicó por la inexistencia de cualquier tipo de planificación, consiguió reducir a mínimos el precio de la energía que se percibía por la producción generada por estas instalaciones.

El problema del déficit de tarifa es precisamente este y no otro. A medida que se instalaba más energía renovable, el *pool* bajaba más y por tanto se incrementaba en la misma medida la cuantía de las primas. Se casaba a precios cada vez más bajos y, en consecuencia, subían en la misma proporción las obligaciones que había asumido el Estado. Esto deriva de una evidente falta de planificación, acuciada por la entrega del sistema de autorizaciones propio del régimen especial a las Comunidades Autónomas.

A todo ello hay que unir que, por las propias dimensiones de la España peninsular, el viento afecta de manera muy similar y uniforme a todos los territorios, de tal manera que los precios bajan cuando sopla porque lo hace prácticamente en casi toda la península o en áreas muy extensas. De ahí que las horas de *pool* más caro son aquellas en las que los parques eólicos no están en funcionamiento.

El sistema es tan complicado y endemoniado que impide a las instalaciones del sector de las renovables obtener un beneficio mínimo del mercado, ya que se ven obligadas a vender la energía que producen a cero euros, lo que es determinante para la fijación del precio final de la subasta. En un mercado real, en un auténtico mercado, nadie produce para regalar el objeto de su producción. En un mercado real son los agentes económicos, y no los boletines oficiales, los que conforman el precio final. Y, en ese sentido, deberíamos preguntarnos: ¿puede hablarse en sentido estricto de «primas» cuando no existe propiamente un mercado? Dicho de otro modo, ¿y si la prima al régimen especial no encajara dentro del concepto formal y estricto de subvención pública y, en cambio, sí formara parte del objeto de una omnimoda potestad tarifaria de la Administración? En ese caso, ¿podrían modificarse retroactivamente las tarifas devengadas y cobradas? Evidentemente, no.

Dicho esto, podríamos sostener la existencia de una naturaleza jurídica homogénea entre las «ayudas» de las que se benefician las renovables y el déficit de tarifa, que no deja de ser una ayuda encubierta a las grandes empresas del sector. Al fin y al cabo, el llamado déficit de tarifa puede ser considerado un sistema de apoyo encubierto o solapado. Por eso, sorprende la desigualdad de trato entre ambos mecanismos de apoyo. Cabe recordar que, mediante el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, se aprobó crear el Fondo de Amortización del Déficit Eléctrico (FADE) con el fin de dotar de garantías a la deuda acumulada. El FADE se constituyó el 14 de enero de

2011 con objeto de facilitar la titulización del déficit de tarifa que poseen las generadoras del sector eléctrico, que son las cedentes al fondo. Los bonos emitidos por el FADE gozan del aval del Estado.

De todo ello cabe colegir que el déficit de tarifa, tantas veces invocado como excusa para la reforma del sector eléctrico, no es imputable a las energías renovables. Dadas las peculiares características del sistema depende de otros factores, como la demanda, sin que podamos soslayar su incremento por la aplicación de otros conceptos, como los diferentes peajes previstos en nuestra legislación. Cuando no existe libre mercado, debe existir, al menos, planificación pública. Las principales causas del déficit de tarifa son la inexistencia de un mercado libre en el que se fijen los precios y la ausencia absoluta de planificación, aunque fuera indicativa. Y, a tal efecto, cabe subrayar que en un mercado libre son los agentes económicos, y no las normas a través de las correspondientes restricciones, quienes fijan los precios, sin que ello suponga merma alguna de las competencias que ostenta la Administración para salvaguardar la libre competencia y la defensa del consumidor. El principal problema para «liberalizar» completamente el sector estriba en que subyace la convicción de que existe un oligopolio vertical que puede alterar las decisiones del mercado. Y es obvio que las pequeñas empresas de energías renovables no forman parte de dicho oligopolio.

Lo que es indudable es que se ha producido una disociación, una escisión del régimen jurídico, económico y de garantías del Estado entre las medidas de apoyo a las energías renovables y el conjunto de medidas de apoyo al resto de sectores, lo que nos lleva a una desigualdad de trato más, como vamos a analizar en el siguiente epígrafe.

10. La igualdad como cláusula de cierre del sistema: la detección de desigualdades no razonables

Se acusó al viejo Derecho liberal de estar fundamentado en la inestabilidad de las voluntades, con el riesgo que ello acarrearía de generar desigualdades en el disfrute de los derechos. De ahí que el Derecho público debía asentarse sobre otras premisas, destinadas a garantizar una estabilidad. Por ello, se articulan en todos los países en los que impera el Estado de Derecho, principios tales como la seguridad jurídica o la confianza legítima. Un Estado voluble no puede garantizar dichos principios, que son los que permiten la seguridad económica.

Y frente a las desigualdades que genera el Derecho privado, asentado sobre la voluntad y no sobre la igualdad de la posición previa de las partes, el Derecho público se fundamenta en la igualdad de trato entre iguales y en la desigualdad razonada y razonable para tratar las situaciones desiguales.

Por ello, el último parámetro que permite fiscalizar las medidas que lleva aparejadas el riesgo regulatorio es apreciar si las mermas retributivas inherentes a él se concretan de un modo razonablemente igual para todo el sistema. Pues bien, se pueden apreciar graves desigualdades, algunas de las cuales han ido aflorando al hilo del examen de las cuestiones tratadas en las páginas anteriores. A tal efecto, no deberíamos olvidar que toda trasgresión o infracción del legislador suele acarrear una violación del principio de igualdad. Sin embargo, y en aras a la concreción, pasemos a enunciar algunas de las más graves vulneraciones del referido, y nunca suficientemente manido, principio.

Por un lado, no ha habido una reducción transversal de todas las retribuciones que, bajo los diferentes conceptos de peajes y cargas, se reconocen a los diferentes agentes que participan en el sector eléctrico.

Especialmente, el diferente tratamiento que se ha dado a los productores ha sido sangrante, en la medida en que, tras proclamarse la desaparición del régimen especial, se han mantenido las ayudas a determinadas actividades reconocidas en el anterior régimen ordinario. De hecho, se siguen manteniendo las ayudas directas o implícitas que perciben las empresas propietarias de instalaciones hidroeléctricas y nucleares. Es decir, las mermas retributivas han alcanzado de manera especial y significativa a quienes entran dentro del ámbito objetivo de la normativa reguladora de las energías renovables, cogeneración y residuos. A ello hay que unir que el mecanismo retributivo que permite a todas las tecnologías recibir el precio final de mercado (el de la última y más cara tecnología en entrar) es el origen de los grandes beneficios obtenidos por la energía nuclear y por la hidroeléctrica.

Sin embargo, el principal problema arranca del propio Real Decreto-Ley 9/2013 cuando hace una diferenciación entre la homogeneidad que se predica del sistema retributivo aplicable a las actividades de transporte y distribución y la heterogeneidad que se acaba imponiendo, como ya hemos analizado, a las producción de energía a través de fuentes renovables. Recordemos que el citado Real Decreto-Ley, tanto en la Exposición de Motivos como en el artículo 1, proclama que *«en las metodologías retributivas de las actividades de transporte y distribución se considerarán los costes necesarios para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada, mediante la aplicación de criterios básicos que serán homogéneos en todo el territorio español.»*

Sin embargo, en el párrafo posterior, cuando se acomete la modificación del artículo 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico se dice que, a los efectos del cálculo de la retribución específica aplicable a energías renovables, *«en ningún caso se tendrán en consideración los costes o inversiones que vengan determinados por normas o actos administrativos que no sean de aplicación en todo el territorio español»*. Del mismo modo, como hemos analizado, se

establece que «*sólo se tendrán en cuenta aquellos costes e inversiones que respondan exclusivamente a la actividad de producción de energía eléctrica*».

Por tanto, frente a la pretendida homogeneidad del sistema retributivo aplicable a las redes, nos encontramos con el reconocimiento de que un parque con las mismas condiciones y características puede obtener de facto un rendimiento mayor o menor en función de los costes administrativos, fiscales, o incluso de construcción de redes, que hayan debido asumir en función de las normas existentes en los diferentes territorios del Estado. Todo ello sin perjuicio de las veleidades consustanciales a sus actos de aplicación. A tal efecto, cabe recordar que, como ha ocurrido de manera manifiesta en el caso de Aragón, los promotores asumieron el coste de las infraestructuras necesarias para la conexión a la red que, como consecuencia del régimen *cuasi-concesional* que subyace, tuvieron que ceder a las empresas que gestionan el monopolio natural de la distribución (46). Para más inri, las empresas de generación deben pagar ahora los correspondientes peajes a las grandes empresas que gestionan las redes de transporte y distribución.

Por otro lado, incluso dentro de esta categoría que engloba las energías renovables, cogeneración y residuos, se vulnera el principio de igualdad al considerar unos costes u otros de forma aleatoria en función de la tecnología utilizada.

Hay también una desigualdad de origen territorial, tal como pone de manifiesto la Orden IET/1459/2014, de 1 de agosto, por la que se aprueban los parámetros retributivos y se establece el mecanismo de asignación del régimen retributivo específico para nuevas instalaciones eólicas y fotovoltaicas en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares. Se podrá argumentar que la desigualdad es razonable en la medida que afecta exclusivamente a los territorios extrapeninsulares, lo que no es tan razonable es la metodología en la que se concreta dicha desigualdad razonable, ya que se fijan unos costes de mantenimiento y se reconocen unos parámetros de inversión completamente distintos, lo que eleva significativamente las retribuciones que perciben las empresas.

En suma, la retribución específica implica el mantenimiento *de facto* de un régimen especial, lo que aún es más discutible es la existencia de regímenes singulares —y, por tanto, especiales— dentro del propio régimen especial.

(46) La propia legislación estatal, como el RD 661/2007, hizo gravitar sobre los promotores del «régimen especial» el coste de las redes de evacuación y de los eventuales refuerzos necesarios en la red de «servicio esencial», salvo que no fueran de su exclusiva utilidad, lo que supone la extensión de las redes de distribución con destino a unidades del «régimen especial» es a costa de sus promotores, salvo que esta extensión termine siendo propiedad del distribuidor y la utilice para mallar su red y garantizar la calidad de la que es responsable.

Todo ello genera diferencias de trato, desigualdades no razonables y, en definitiva, discriminación.

IV. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TÍTULOS HABILITANTES Y LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TITULARES DE LOS MISMOS

1. La variable naturaleza jurídica del viento

Aunque la energía fotovoltaica es la transformación directa de la radiación solar en electricidad, sería absurdo desencadenar un debate acerca de la naturaleza jurídica del sol o de sus radiaciones. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el caso del viento, a tenor de lo expuesto en algunos pronunciamientos jurisprudenciales.

A diferencia de otros recursos naturales que también poseen capacidad para producir energía, como el agua y los recursos mineros e hidrocarburos, no existe una norma específica sobre el aire o el viento que defina su naturaleza ni caracterice sus aprovechamientos. Mas la tecnología permite en la actualidad un rendimiento económico de los «recursos eólicos» que merece un análisis especial.

No obstante, parece difícil la aprobación de una ley monográfica sobre el aire. Siempre habrá normas sectoriales que aborden algunos de los problemas que le afectan, como las relativas a la contaminación atmosférica o la navegación aérea (47). Pero barrunto que no habrá nunca una norma que incida en su naturaleza jurídica y formule una regulación general. Mejor, no fuera a ser que, conociendo las querencias de nuestro legislador, dicha norma declarara que respirar es un uso común general o que la utilización de botellas de buceo está sometida a los condicionantes de un uso común especial, cuando no de un uso privativo.

Abordé tangencialmente la cuestión de la naturaleza jurídica del viento en un trabajo anterior. (48) En él recalqué que, a diferencia de lo que ocurre con el aprovechamiento de los recursos minerales y de otros bienes demaniales, ni el aire es un bien de dominio público ni esa actividad está reservada, en sentido estricto, al sector público.

Me pronuncié a favor de asimilar la naturaleza jurídica del viento a la antigua categoría romana de las «res communis omnium». A diferencia de las «res nullius», que serían las cosas que nunca tuvieron dueño —como los animales salvajes o los productos del mar— las cosas comunes como el aire, las

(47) La Ley 35/2007, de 15 de noviembre, lleva el significativo título de «calidad del aire y protección de la atmósfera» y la Ley de Navegación Aérea data de 1960.

(48) GARCÉS SANAGUSTÍN (1999: 265-266).

aguas corrientes, los mares y las costas no podían ser objeto de apropiación. Otra cuestión distinta es que los avances tecnológicos hayan ido permitiendo a lo largo de los siglos el aprovechamiento privado y consiguiente patrimonialización de estos bienes. Para ello se elaboró la teoría del dominio público y su aprovechamiento a través de las concesiones.

Sin embargo, el viento, como fenómeno meteorológico ajeno a la voluntad humana, que además es imposible almacenar, controlar y, por tanto, patrimonializar, permanecerá siempre al margen de la noción de dominio público. Es más, debería mantener su carácter común con independencia de que la actividad empresarial de producción de energía eléctrica a través de la energía eólica pudiera ser objeto de una hipotética reserva formal al servicio público.

Lo relevante, sin embargo, es lo que dice al respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Las SSTs de 28 de marzo (ROJ 2006, 1798) y 26 de junio de 2006 (ROJ 2006, 3790) (49) constatan que el viento no puede considerarse como un bien demanial y se afirma categóricamente que el viento pertenece a las llamadas «res communis omnium», por tener carácter inapropiable (50).

No obstante, también es cierto que ningún aprovechamiento de un recurso natural deja inalterado el recurso. Cuando se habla de usos no consuntivos del agua, como el aprovechamiento hidroeléctrico, se olvida que dicho uso requiere el almacenamiento de determinados caudales. Como recoge la STS de 26 de junio de 2006, «*el hecho de que la corriente del viento tras el paso por las palas del rotor sea menor o incorpore turbulencias... supone que los aerogeneradores ralentizan el viento que dejan tras de sí*», lo que supone la existencia de unas zonas de influencia sobre las fincas vecinas, que se ven privadas de facto para poder ejercer la misma actividad.

Y, finalmente, admitamos también que una actividad no reservada formalmente al sector público puede ser también objeto de restricciones como consecuencia de una serie de factores que permiten generalizar el silencio administrativo negativo o proceder a la suspensión de nuevas actividades (51). En el caso de las energías renovables dichos condicionantes son dos: uno económico y otro técnico. El condicionante económico está determinado por

(49) Ponentes Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA y Francisco TRUJILLO MAMELY, respectivamente.

(50) Son muy interesantes al respecto las opiniones vertidas por DELGADO PIQUERAS, Francisco, en su trabajo «La naturaleza jurídica de la energía eólica», publicado en TORRES LÓPEZ y ARANA GARCÍA (Dirs.) (2010: 223-228).

(51) Aunque esto no signifique dar carta blanca a los poderes públicos como pone de manifiesto DEL GUAYO CASTIELLA (2012: 240-251) a propósito del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energías renovables y residuos.

unos recursos presupuestarios finitos. El condicionante técnico viene determinado por la capacidad de absorción de la red, que comporta la necesidad de planificar y priorizar la energía que puede evacuarse. Todo ello provoca una metamorfosis de los títulos habilitantes, que analizaremos en el epígrafe siguiente, sin que en ningún caso esta realidad tenga que significar una merma de derechos para los empresarios del sector. Todo lo contrario, si una figura está especialmente protegida en nuestro ordenamiento es la del concesionario, en la triple vertiente de titular de un derecho real, contratista y receptor de un acto administrativo declarativo de derechos.

Aun reconociendo esta realidad, deberíamos plantearnos por qué, con independencia de la naturaleza de cada una de las instituciones jurídicas, acaban convergiendo en la normativa las mismas regulaciones y los mismos planteamientos. Tal vez porque dichas normativas permiten un control pleno y discrecional por parte de las Administraciones públicas. Tal vez también porque muchos empresarios prefieren el «trato» con las instituciones que la aplicación de las leyes de mercado. Con independencia de los títulos administrativos que permiten su utilización, lo cierto es que el agua, la tierra, el aire y el fuego están sometidos a regulaciones parejas, que convergen en la discrecionalidad administrativa, la falta de competencia real o de un mercado que merezca tal nombre, la patrimonialización de derechos a largo plazo por los empresarios o particulares que ostentan la titularidad de las autorizaciones o concesiones y, por último, la pérdida de cualquier noción que tenga que ver con lo común, que se difumina a través de los usos o de la escasa o nula repercusión de los aprovechamientos en el erario.

2. La desnaturalización de los títulos habilitantes que permiten el aprovechamiento de la energía eólica

Como ya hemos apuntado en el epígrafe anterior, la intervención administrativa en el tradicional, y aparentemente finiquitado, sistema de régimen especial ha excedido los límites de las clásicas y estandarizadas autorizaciones administrativas. Tanto cuando el sistema se ha basado en autorizaciones basadas en un importante ejercicio de potestades administrativas discrecionales como cuando se ha acudido al sistema de preasignación o «preadjudicación» a través de concursos públicos que no han renunciado a una parte desproporcionada de aplicación de criterios discrecionales, lo cierto es que el título habilitante se parecía más a una concesión administrativa que a la típica autorización (52).

(52) Por ello, sorprende que CASTELLANOS GARIJO (2012: 188-195) insista en el carácter reglado de los primeros procedimientos autorizatorios y considere que la irrupción de la discrecional se produce únicamente a partir del paso a los procedimientos concursenciales.

De hecho, algunas de las primeras normas autonómicas, como la gallega (53) y la aragonesa (54), se pertrecharon de los conceptos existentes en la legislación de minas, lo que nos aboca, una vez más, a la figura de la concesión administrativa que, como ya sabemos, se asienta en la noción de discrecionalidad, tantas veces adulterada por la arbitrariedad que impregna muchas actuaciones administrativas (55).

Es más, esa discrecionalidad se ha manifestado además en la imposición de cargas y obligaciones que habían de cumplir los titulares de las autorizaciones, que se hallaban en una especie de situación estatutaria, caracterizada por un conjunto de derechos, obligaciones y cargas contenidos en la legislación autonómica y concretados, en ocasiones de forma gravosa, en los actos de aplicación de la misma.

Mas esta opinión, que ya esboqué hace tres lustros, coincide con la que se expone en la referida Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, que señala la necesidad de que *«sin perjuicio de las diferencias entre las estructuras administrativas y la organización de los Estados miembros, las responsabilidades respectivas de los organismos administrativos nacionales, regionales y locales en materia de procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias se coordinen y definan claramente, lo que comprende la planificación espacial, con calendarios transparentes para la determinación de las solicitudes de planificación y construcción»* (artículo 13.1.a) y con lo consignado por la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2009) 192 final, que indica que entre los motivos del despeque insatisfactorio de las fuentes renovables en España se encuentra la falta de transparencia y sencillez tanto en los procedimientos administrativos como en la conexión a la red eléctrica de las instalaciones productoras. Por ello, dicha Comunicación recomienda la existencia de un único órgano de decisión respecto a las autorizaciones, licencias y permisos de conexión.

En este orden de cosas, la aceptación de toda esta panoplia de obligaciones y cargas solo tenía sentido desde la perspectiva de la los derechos inherentes a la percepción de ayudas públicas.

Seamos claros al respecto. Bajo la denominación de permisos o autorizaciones subyacía un régimen jurídico que se asimilaba al de las típicas concesiones y ello implicaba un incremento de la discrecionalidad que, como ocurre

(53) Decreto 205/1995, de 6 de julio, por el que se regulaba el aprovechamiento de la energía eólica en la Comunidad Autónoma de Galicia.

(54) Decreto 279/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regulaba el procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica.

(55) La pulsión mimética de la Comunidades Autónomas ha generado problemas similares en todos los territorios. Véase al respecto DELGADO PIQUERAS y GARRIDO CUENCA (2010).

desgraciadamente en tantas ocasiones, acaba trocándose en arbitrariedad. En suma, la norma convirtió lo reglado en discrecional y su aplicación transformó la discrecionalidad en arbitrariedad.

En consecuencia, los promotores de energías renovables se convierten en una suerte de *cuasi-concesionarios*, por mor de las gravosas situaciones jurídicas que soportan, por la inexistencia de un auténtico mercado, por la omnipresencia y omnipotencia de las regulaciones administrativas y, en suma, por sus relaciones jurídicas permanentes con la Administración y con aquellos operadores que, en cierto modo, la representan al ostentar auténticos monopolios naturales.

3. La indefinición de la situación jurídica derivada del otorgamiento de los títulos habilitantes: ¿ni resarcimiento de perjuicios ni equilibrio económico-financiero?

¿Estamos ante una expropiación legislativa o ante la responsabilidad del Estado-legislador, es decir, ante un supuesto de producción de daños por la acción del legislador, que deben ser resarcidos? En este último caso existen precedentes legales y jurisprudenciales en nuestro ordenamiento jurídico y en el comunitario. La denominada responsabilidad del Estado-legislador comprende todos aquellos supuestos cuyo común denominador se encuentra en los daños económicamente evaluables que resultan de la actividad legislativa y que acarrear la obligación de resarcimiento (56).

Antes de nada, deberíamos hacer una reflexión sobre uno de los aspectos esenciales de la moderna conformación de la doctrina administrativista. Los grandes maestros de nuestra disciplina empiezan a elaborar su obra en plena dictadura. Ello hace que sean muy escrupulosos con las actuaciones administrativas, que deben estar sometidas al imperio de la ley. La ley es el origen, el fundamento de cualquier actuación administrativa y fija los límites de la misma. Esa naturaleza esencial de la ley encumbra al legislador. Pero el legislador no deja de ser un poder público, sometido a normas jurídicas superiores y con capacidad para producir daños a terceros (57).

(56) Obviamente, son de obligada consulta las obras de GARCÍA DE ENTERRÍA (2005: 115-144) y GONZÁLEZ PÉREZ (2010: 61-138). Especialmente reacio al reconocimiento de la responsabilidad por actos legislativos es GARCÍA DE ENTERRÍA, quien defiende la inexistencia de la jurisdicción de los tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador. Subyace detrás de su doctrina la necesidad de evitar determinados quebrantos al erario. Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ distingue metodológicamente entre la responsabilidad del Estado derivada de actos legislativos y la derivada de las relaciones internacionales.

(57) ALONSO GARCÍA (1999: 24) explica el porqué de la inmunidad de la que han gozado tradicionalmente los Parlamentos en este ámbito. Alude a dos factores que revelan la

Subyace, en el fondo, una idea que transita a través de los siglos en el pensamiento occidental y que ya proclamó Cicerón cuando dijo que la libertad consistía en ser esclavo de la ley. Y, aunque en Occidente, el camino trazado haya consistido en conseguir, primero, una relativa separación de poderes para, posteriormente, consolidar un sistema democrático, no debemos olvidar que, en la actualidad y como consecuencia de las derivaciones indeseadas del juego de los partidos políticos, los sistemas democráticos actuales no garantizan escrupulosamente la separación de poderes. Como analizábamos anteriormente, el Gobierno es hoy el principal productor de normas de rango de ley, por muy provisionales que sean en teoría los decretos-leyes. Habida cuenta de la inexistencia de una reserva reglamentaria, el legislador —o el Gobierno suplantando al legislador— pueden incidir en ámbitos o escalones que parecerían propios de la potestad reglamentaria. Es el caso de las leyes que aprueban planes de ordenación territorial, urbanística o medioambiental, o también las relaciones genéricas y sin motivación que contienen la declaración de obras públicas de interés general, sobre todo en el supuesto de las obras hidráulicas (58).

Dicho esto, cabe recordar que los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo que examinan la responsabilidad derivada de la promulgación de Leyes recaen con ocasión de determinadas expresiones del Tribunal Constitucional —en declaraciones formuladas *obiter dicta*, realmente— contenidas en las Sentencias 108/1986, de 29 de junio, 99/1987, de 11 de junio, y 70/1988, de 19 de abril, al enjuiciar la constitucionalidad de las normas relacionadas con la reducción de la edad de jubilación de jueces y magistrados, funcionarios públicos y profesores de EGB. El Tribunal Constitucional había aludido a que si bien la modificación legal no es disconforme con la Constitución, sí origina una frustración de las expectativas existentes y, en determinados casos, perjuicios económicos que «pueden merecer algún género de compensación».

A partir de este momento se suceden múltiples sentencias que se refieren a daños emanados de la aplicación de normas legales constitucionales. Sola-

diferente posición del Poder legislativo y del Poder ejecutivo. De una parte, la Ley no podrá ser calificada de injusta ni el Parlamento de culpable, debido a la posición e independencia del Poder legislativo. De otra parte, la generalidad predicable de la Ley excluye la configuración de los perjuicios de ella derivados como especiales o particulares, los cuales están reservados al instituto expropiatorio. En el mismo sentido MESTRE DELGADO (2004: 106) reconoce que la imputación de daños al legislador le plantea muchas reticencias al jurista. Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA (2003: 95-112).

(58) Recordemos que la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, declaró de modo genérico más de ochocientas futuras inversiones públicas como de interés general, sin que la citada enumeración previera ni una sola motivación, requisito indispensable para las actuaciones administrativas.

mente en muy contados casos se efectúan pronunciamientos reconociendo responsabilidad. De forma destacada así ocurrió con la eliminación de la exención arancelaria de cupos de pesca a consecuencia de la entrada de España en la Comunidad Europea. Entendió el Tribunal Supremo que se habían quebrantado los principios de buena fe y confianza legítima, dado que la Administración había desarrollado inmediatamente antes de esa fecha una acción de fomento lesionando anteriores derechos adquiridos (STS de 5 de marzo de 1993) (59), calificando la actuación administrativa, en función de esos derechos adquiridos de los recurrentes, como una auténtica actuación expropiatoria merecedora de compensación conforme a lo dispuesto en el art. 33 de la Constitución (STS de 27 de junio de 1994) (60).

Pero no es la única resolución judicial que recoge la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en un asunto relacionado con el ejercicio de determinadas actividades económicas. Cabe recordar que, en un Estado complejo como el nuestro, la responsabilidad puede dimanar de actos legislativos aprobados por las Cortes Generales o por los diferentes parlamentos autonómicos. En ese sentido, cabe recordar que las SSTs de 8 de octubre y 9 de octubre de 1998 (ROJ 5718/1998 y 5765/1998) acordaron la indemnización por los daños causados a las empresas recurrentes como consecuencia de la aplicación de la Ley canaria 5/1986, de 28 de julio, por la que se estableció el Impuesto Especial de dicha Comunidad Autónoma sobre Combustibles Derivados del Petróleo, toda vez que se estableció un tributo sin considerar las posibles situaciones jurídicas individualizadas preexistentes; en particular en lo relativo al combustible ya adquirido en la refinería (61).

En la actualidad, la responsabilidad del Estado-legislador encuentra su apoyatura jurídica en el art. 139.3 de la LAP, que reconoce la obligación de indemnizar a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos. Este artículo resulta ciertamente perturbador, pues interpretado *sensu contrario* parece decir que la responsabilidad por los daños causados por una Ley no expropiatoria queda excluida cuando así se prevea en la misma o cuando no se contemple la correspondiente reparación. La interpretación más razonable es que, dejando a un lado los supuestos de las Leyes de naturaleza expropiatoria, habrá que estar a lo que dispongan las propias Leyes. El problema de fondo es con qué alcance

(59) STS de 5 de marzo de 1993 (ROJ 1228/1993); ponente Melitino GARCÍA CARRERO.

(60) STS de 27 de junio de 1994 (ROJ 4951/1994); ponente Manuel GODED MIRANDA.

(61) Dichas resoluciones fueron objeto de algunas críticas por la doctrina. Puede consultarse al respecto MESTRE DELGADO (2004: 179).

se reconoce —si es que ha de reconocerse a partir de un precepto de rango legal— esta posible indemnización, y es que un examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante estos últimos años revela que se han flexibilizado y ensanchado considerablemente los márgenes del art. 139.3 de la LAP, reconociendo la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador incluso en la hipótesis en la que las disposiciones legales causantes de los perjuicios omiten cualquier alusión a la posible indemnización (STS de 29 de febrero de 2000) (62). Es más, la jurisprudencia más reciente se refiere de forma decidida a un «núcleo indisponible» para el legislador, de suerte que la ausencia de regulación legal no enerva el derecho a exigir responsabilidad por los daños ocasionados por los poderes públicos (SSTS de 26 y 27 de noviembre de 2009 y 30 de noviembre de 2010) (63).

Ha acabado reconociendo que la responsabilidad patrimonial por actos del legislador sí está contemplada en el art. 9.3 de la Constitución, además de en el art. 139.3 de la Ley procedimental, que se remite a lo que se establezca en los propios actos legislativos (SSTS de 18 de mayo de 2000 y 25 de febrero de 2011) (64). Incluso el silencio de la Ley sobre la procedencia de una indemnización no constituye necesariamente una vulneración de la Constitución, como reconoció la STC 28/1997, de 13 de febrero, lo que obliga a indagar sobre la finalidad de cada Ley a fin de constatar si existe un «propósito indemnizatorio». Ello suscita, indudablemente, el problema de la jurisdicción competente, ya que se asigna a la jurisdicción contencioso-administrativa una competencia que parece reservada al Tribunal Constitucional, como han manifestado voces críticas con esta jurisprudencia. La Sentencia de 25 de febrero de 2011 constituye una buena muestra de la vuelta de tuerca de la exégesis del principio constitucional de responsabilidad de los poderes públicos, al reconocer que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad, y que el Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna. Aunque el legislador goza de un importante margen de maniobra pudiendo configurar los mecanismos de garantía, no puede crear «espacios inmunes fundados en la ausencia de regulación».

(62) STS de 29 de febrero de 2000 (ROJ 1574/2000); ponente Juan Antonio XIOL RÍOS.

(63) STS de 26 de noviembre de 2009 (ROJ 7422/2009), cuyo ponente es Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO; STS de 27 de noviembre de 2009 (ROJ 7515/2009), cuyo ponente es Joaquín HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO; y STS de 30 de noviembre de 2010 (ROJ 6330/2010), cuyo ponente es Segundo MENÉNDEZ PÉREZ.

(64) (ROJ 4051/2000) y (ROJ 1032/2011), cuyos respectivos ponentes fueron José Manuel SIEIRA MÍGUEZ y Carlos LESMES SERRANO.

En síntesis, la interpretación que ha efectuado el Tribunal Supremo (65) se asienta en tres conceptos esenciales:

i) Antijuridicidad. El concreto supuesto al que se refiere el art. 139.3 LAP no se refiere ni a la Ley expropiatoria ni a la Ley delimitadora de derechos, sino a los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar. La antijuridicidad se aprecia especialmente en los supuestos en los que, según nuestro Tribunal Supremo, se percibe que el cambio legislativo conlleva una abierta situación de discriminación o afecta al perjudicado con unas cargas ostensibles. En este sentido, la sentencia de 26 de noviembre de 2009 señala que:

«Esta Sala ha declarado en alguna ocasión (sentencia de 30 de noviembre de 1992, entre otras) que no puede construirse por los tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos reconocido en el artículo 9.3 CE. Sin embargo, en otras (sentencias de 15, 25, 30 de septiembre, 7 de octubre, y 17 y 19 de noviembre de 1987) ha declarado que «consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación con el que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización». Por otra parte, aun sin citar expresamente el artículo 9.3 CE esta Sala ha declarado repetidamente y con diferentes matices según las circunstancias del caso, que la Administración del Estado es responsable por los daños sufridos por los particulares por actos de aplicación de leyes declaradas después inconstitucionales».

ii) Singularidad. La singularidad no implica que la norma sea singular y, en consecuencia, afecte a un sujeto concreto. Significa que la norma produce unos perjuicios a un colectivo de personas físicas o jurídicas, que se traduce en daños individualizados y evaluables. Si lo entendiéramos de otro modo, acabaríamos renunciado a la aplicación de esta figura, dada la excepcionalidad de las leyes singulares. Obviamente, como hemos visto en relación a funcionarios o armadores pesqueros, afecta a un colectivo más o menos amplio de personas. Pero es más, como pone de manifiesto la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, a lo largo de sus 1.761 páginas del BOE,

(65) En su día se abordó esta cuestión por GALÁN VIOQUE (2001: 313-323), aunque obviamente se han producido importantes novedades jurisprudenciales durante más de una década, como estamos analizando.

hay una afección singular que se intenta abordar desde una pretendida homogeneidad.

iii) Imprevisibilidad. Como ha señalado el Tribunal Supremo, estamos ante supuestos de responsabilidad del Estado-legislador cuando la producción del daño revista caracteres «suficientemente singularizados e imprevisibles, como para que aquellos puedan considerarse intermediados o relacionados con la actividad de la administración llamada a aplicar la Ley» (STS de 18 de mayo de 2000 y otras muchas posteriores). La imprevisibilidad se agudiza cuando en el caso de las disposiciones legislativas provisionales que conocemos como decretos-leyes.

Dicho esto, lo cierto es que la jurisprudencia ha conducido, pero no circunscrito, los supuestos prototípicos de responsabilidad del Estado-legislador a dos: las Leyes declaradas inconstitucionales (66) [SSTS de 29 de febrero de 2000, de 17 de julio de 2003, de 2 de junio de 2010 (67)] y la responsabilidad derivada del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, como se recoge en una amplia jurisprudencia de su Tribunal de Justicia (68). En estos casos, parece exigible un previo pronunciamiento de las correspondientes instancias.

No obstante, también se ha recocado la existencia de responsabilidad patrimonial por actos legislativos cuando el órgano jurisdiccional, indagando en la voluntad del legislador, deduce, aunque sea de modo presunto, un propósito indemnizatorio al constatar la producción de una lesión o daño real y efectivo en los bienes o derechos de los particulares al margen de la potestad expropiatoria (SSTS de 18 de octubre de 2001 y 17 de junio de 2009) (69).

Además, existe un ámbito propicio para poder deducir la responsabilidad patrimonial producida por determinadas leyes, generalmente autonómicas. Es el caso del urbanismo. Los importantes cambios legislativos efectuados en las Comunidades Autónomas de las Islas Baleares y de las Islas Canarias, territorios densamente desarrollados por razón de sus incentivos turísticos, han sido

(66) Esta cuestión ya fue abordada en su día por ALONSO GARCÍA (2002: 215-240).

(67) STS de 17 de julio de 2003 (ROJ 5121/2003), cuyo ponente es Santiago MARTÍNEZ-VARES GARCÍA; y STS de 2 de junio de 2010 (ROJ 3898/2010), cuyo ponente es Segundo MENÉNDEZ PÉREZ. Por otro lado, tampoco debemos olvidar algunos pronunciamientos contrarios al respecto, como los contenidos en las SSTS 4220/2003, 4222/2003 y 4224/2003, todas ellas de 17 de junio (ponente Juan Antonio XIOL RÍOS), que consideran que no se dan los requisitos que permiten un pronunciamiento favorable a la acción de responsabilidad.

(68) Sin ir más lejos, la STJUE de 27 de febrero de 2014 (*Asunto C-82/12, transportes Jordi Besora*) ha declarado que el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (IVMDH) resulta contrario al Derecho Comunitario. El IVMDH se creó por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

(69) STS de 18 de octubre de 2001 (ROJ 8008/2001), cuyo ponente fue José Manuel SIEIRA MÍGUEZ, y STS de 17 de junio de 2009 (ROJ 4335/2009) de la que fue ponente María del Pilar TESO GAMELLA.

determinantes en los últimos años de una consolidada jurisprudencia sobre acciones de responsabilidad patrimonial por actos legislativos con incidencia en el ámbito urbanístico, especialmente la desclasificación de suelo urbano o urbanizable. Se trata de grupo de supuestos en los que se viene declarando la existencia de un eventual derecho a la indemnización, en conexión con el art. 139.3 de la LAP, ya que se trata de Leyes que, sin tener naturaleza expropiatoria ni ser inconstitucionales, entrañan efectos perjudiciales para sus destinatarios. De nuevo se plantea en este caso un problema de jurisdicción, pues o bien se reconoce que ha de ser la propia Ley la que determine el alcance de las consecuencias indemnizatorias, o se confía a los jueces y tribunales el establecimiento o no de medidas compensatorias o indemnizatorias anudadas a la nueva regulación, como viene defendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La responsabilidad patrimonial por actos legislativos en el ámbito urbanístico requiere, en todo caso, la existencia de derechos consolidados para que sea procedente el derecho a una indemnización por el cambio de planeamiento por acto legislativo (70). La modificación del planeamiento solo genera responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se produce minoración

(70) Cabe traer a colación, porque en sus fundamentos jurídicos recoge perfectamente la doctrina jurisprudencial anterior, la citada STS de 17 de junio de 2009. En ella se aborda un supuesto de responsabilidad por actos del poder legislativo de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, enjuiciándose la posible indemnización por la desclasificación del suelo urbanizable a rústico operada por la Ley 6/1999, de 3 de abril, de las Directrices de Ordenación Territorial de las Islas Baleares y de Medidas Fiscales. En ella se afirma: «Solo cabe estimar la responsabilidad patrimonial por acto legislativo cuando se produce un daño efectivo debido a actos de aplicación de las leyes, que origina un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera concreta por las actuaciones administrativas anteriores y conexas con la aprobación de la Ley», y que «la privación mediante acto legislativo de derechos de esta naturaleza urbanística debe acomodarse al grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva al propietario, mediante la escalonada incorporación de derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del propietario, tales como el derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, o el derecho a edificar y a la edificación. De manera que solo cuando los deberes del propietario en el proceso urbanizador han sido cumplidos puede decirse que se han incorporado a su patrimonio los contenidos que la norma, de modo artificial, añade a su derecho inicial, toda vez que solo en tal caso ha contribuido a que dicho ejercicio sea posible». Por otro lado, ya STS de 17 de febrero de 1998 (rec. 327/1993) señala que no puede descartarse la existencia de responsabilidad aun tratándose de actos legislativos, como en el caso de la Ley balear de Declaración de Determinados Espacios como Área Natural de Especial Interés. El TSJ de Baleares había planteado una cuestión de inconstitucionalidad, que dio lugar a la STC 28/1997, de 13 de febrero. En ella se reconoce que, no obstante el silencio de la Ley sobre la procedencia de una indemnización, ello no significa que se vulnere el art. 33.3 CE, sino que este extremo se someterá al régimen jurídico vigente de la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos «que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos».

del aprovechamiento urbanístico patrimonializado. La jurisprudencia reitera que el daño debe ser actual y efectivo, no hipotético, de suerte que no se admiten meras especulaciones o expectativas, y, junto a esa circunstancia, el Tribunal Supremo viene manteniendo que la quiebra del principio de confianza legítima constituye «el eje sobre el que gira el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si hay o no justificación para soportar el daño causado ilícitamente». (71) Este principio está reconocido en nuestra legislación y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Sentencia de 26 de enero de 2010, asunto 118/2008, Transportes Generales y Servicios Generales SAL*).

En relación al caso que nos ocupa, relativo a la pérdida manifiesta de rentabilidad de los parques eólicos y de otras instalaciones, tanto por la reducción de las medidas de apoyo como por el aumento de la carga impositiva, podemos extraer las siguientes conclusiones, a tenor de la normativa y jurisprudencia que venimos analizando:

i) Si tomamos a Aragón como ejemplo, cabe recordar que las instalaciones en funcionamiento derivan del ya derogado Decreto 279/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regulaba el procedimiento para la autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón. Pues bien, como analizamos en su día, dicho reglamento regulaba un régimen cuasi-concesional, que obligaba incluso a presentar programas de actuaciones de hasta diez años, con la correspondiente estimación de las inversiones a realizar. Dicha situación cuasi-concesional implicaba que los empresarios debían asumir un conjunto de obligaciones y cargas, que no hubieran tenido que soportar en el típico régimen autorizante. Pues bien, dichas situaciones jurídicas pasivas se asumían en un determinado marco regulatorio. Cercenados o aminorados los derechos de ese marco regulatorio, se produce un cambio de la posición jurídica y económica que genera los efectos que ya hemos analizado. A ello hay que unir el desconocimiento de la propia planificación estatal destinada a lograr los objetivos vinculantes reflejados en las Directivas comunitarias. Por tanto, en los tres grandes escalones institucionales que contribuyen a conformar la regulación del sector (el comunitario, el estatal y el autonómico) se emitieron señales inequívocas sobre la expansión de un sector que, súbita e imprevisiblemente, ha visto reducidas sus expectativas de negocio y, lo que es peor, se encuentra con graves dificultades sobrevenidas para amortizar las inversiones ya realizadas.

(71) STS de 10 de mayo de 2012 (ROJ 3636/2012), cuya ponente fue Celsa PICO LORENZO.

ii) La reciente normativa española va en un sentido contrario a la normativa comunitaria y, en especial, a las Directivas 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, y 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Como hemos analizado anteriormente, dichas directivas planifican una paulatina implantación de las energías renovables. La normativa española se opone a la europea en un doble sentido: por un lado, «prima» las obligaciones derivadas de la financiación del déficit de tarifa, que implica unas ayudas solapadas a las grandes empresas del sector —que ya se beneficiaron de los costes de transición a la competencia—, lo que contraviene el artículo 107 del TFUE; por otro lado, reduce el sistema de fomento de las energías renovables, poniendo en graves riesgo a muchas empresas del sector.

iii) Las energías renovables son discriminadas en relación a otras fuentes de generación del tradicional y subyacente régimen ordinario o convencional y respecto a otras actividades del sector eléctrico. Existen también diferentes regulaciones según los territorios, sobre todo cuando afectan al ámbito extrapeninsular. En consecuencia, se produce la ruptura en la igualdad de las cargas y la discriminación en las ayudas, elementos que conforman el supuesto prototípico que permite sustanciar una acción de responsabilidad por la actuación legislativa del Estado.

iv) La fijación de un «período regulatorio» de seis años en el régimen de retribución específico de algunas fuentes de energías —y, en concreto, de las renovables— supone la imposición de un límite infranqueable a las consecuencias derivadas de la aplicación libérrima del concepto de riesgo regulatorio, de tal modo que una modificación sustancial de los parámetros básicos durante ese período, que es previsible que se produzca, podría implicar la existencia de un supuesto de responsabilidad del Estado-legislador.

v) La jurisprudencia ha sostenido en relación a las primas a las energías renovables que *«los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas. Dicho régimen trata, en efecto, de fomentar la utilización de energías renovables mediante un mecanismo incentivador que, como todos los de su género, no tiene asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro»*. (72) Ahora bien, tras esta argumentación dos nociones quedan

(72) Véase al respecto la STS de 9 de octubre de 2007 (ROJ 6315/2007) y cuyo ponente fue Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ, que recoge la doctrina elaborada en las SSTs de 25 de octubre de 2006 y 20 de marzo de 2007.

claro: la existencia de derechos previos y la posibilidad de modificarlos exclusivamente *pro futuro*. Dicho de otra manera, la posibilidad de alterar el régimen jurídico no puede apoyarse en la retroactividad. Si hay afección a derechos previos y consolidados hay retroactividad y, en consecuencia, responsabilidad el Estado en cuanto legislador. De lo contrario, se derrumbaría el Estado de Derecho como un castillo de naipes, ya que los derechos se convertirían en meros privilegios arbitrariamente concedidos y rescatados por la Administración.

Por otro lado, y como ya hemos comentado con anterioridad, la reforma del sistema eléctrico parece buscar un determinado equilibrio económico-financiero, de tal manera que los drásticos recortes de beneficios que puede acarrear la aplicación del riesgo regulatorio se compensen con la garantía de una rentabilidad razonable. Sin embargo, al prescindir de las obligaciones y cargas que ha generado la relación *cuasi-concesional* del empresario con la Administración, así como al aplicar la retroactividad al cálculo del beneficio razonable, se ha producido una ruptura del otro equilibrio económico-financiero, el que está vinculado a la viabilidad de las empresas (73). En cierto modo, bien podría afirmarse que el empresario que decidió invertir en el sector de las fuentes renovables sacrificó una parte importante de su libertad, consustancial a los sistemas puros de libre mercado, por una relación semi-estatutaria, en la que las normas fijarían derechos y obligaciones en el marco de un sistema en el que se garantizaría siempre un equilibrio económico-financiero.

En ese contexto, no se puede pretender que el legislador goce de un *ius variandi* ilimitado en el contenido y en sus consecuencias, que soslaye cualquier compensación que pueda percibir el destinatario de la norma por la ruptura de un equilibrio económico-financiero tácito que implica a las dos partes que asumieron la necesidad de la implantación de las energías renovables en nuestro país, los empresarios y las Administraciones públicas. Recordemos que, en el marco de la relación contractual que vincula al concesionario con la Administración, el ejercicio de la potestad de modificación del contrato por parte de la Administración conlleva un resarcimiento que alcanza también el concepto de lucro cesante (74).

También deberíamos recordar, una vez más, que ahí donde ha existido una relación *semi-estatutaria*, como en el caso de la normativa reguladora del

(73) Sobre los derechos y obligaciones de los productores en régimen especial, antes de la reforma drástica de 2013, véase CASTELLANOS GARIJO (2012: 138-141).

(74) No deberíamos olvidar tampoco que la deuda contraída por los empresarios del sector con las entidades financieras se aproxima a los 40.000 millones de euros. Tal magnitud solo se explica en la confianza que todos los agentes tenían en el mantenimiento del sistema de ayudas al sector. La ruptura de las reglas del juego inicialmente previstas puede suponer un nuevo quebranto al sistema financiero del país.

estatuto de la propiedad urbana, el legislador tiende a reconocer los derechos generados por el cumplimiento de previas obligaciones y cargas y, cuando no lo ha hecho, una estimable jurisprudencia ha resarcido a quienes vieron mermados sus derechos por los cambios normativos. Con ello se ha intentado respetar el equilibrio al que aludimos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ESTAMOS ANTE UN ABSURDO KAFKIANO O ANTE EL TÍPICO ESPERPENTO ESPAÑOL?

El Derecho, como toda manifestación social, se impregna de las virtudes y defectos de la sociedad que lo produce. Se ha dicho que la literatura española ha producido dos géneros propios: la picaresca y el esperpento. Y, aunque no sea propiamente autóctono, también habría que añadir la mística. La normativa que estamos analizando, que supone virar ciento ochenta grados el curso de una política estratégica y fundamental por designios de un Decreto-ley, responde a nuestro gusto por la falta de planificación, la improvisación y la fe inusitada en el poder omnímodo del BOE y demás boletines oficiales (75).

Es cierto que subyace una especie de «pecado original», ese consentimiento de la discrecionalidad, tantas veces trufada de arbitrariedad, que ha caracterizado los procedimientos de autorización de las instalaciones de energías renovables o, con posterioridad, los procedimientos concursales inspirados, presuntamente, en la competencia competitiva. Mas todo ello no merma ni un ápice lo expuesto en el presente trabajo, porque los desvaríos del Estado de Derecho no se subsanan produciendo más desvaríos.

No es osado afirmar que los empresarios de las energías renovables se encuentran en una situación peor que si se hubieran visto afectados por el ejercicio de las potestades sancionadora o expropiatoria. En ambos casos existen garantías económicas, materiales y de procedimiento de las que no gozan los empresarios de este sector para contrarrestar el aluvión

(75) En un libro que recoge una recopilación de artículos que escribí en diferentes medios de comunicación, que no tiene fundamento ni altura jurídica para ser citado en la reseña bibliográfica y que fue publicado por la Diputación Provincial de Zaragoza en 2009 con el título de *El código del buen corrupto*, escribí: «Vivimos en una tierra en que las principales fuentes de negocio son la recalificación del suelo y del aire (energía eólica) y, por tanto, los negocios que se alumbran en las cercanías del poder. Y para completar el aprovechamiento de los cuatro elementos aristotélicos habría que recordar que el agua es un bien público patrimonializado a largo plazo por algunos particulares y que el fuego, otrora fuente de recalificaciones, es hoy una perfecta excusa para la colocación de militantes, simpatizantes y afines en algunos lugares del territorio» (p. 87). Resulta sorprendente el poco espacio que ha ocupado y el poco tiempo que se ha dedicado a la corrupción en nuestra disciplina, salvo honrosas excepciones. Aunque quizá no resulte tan sorprendente.

de normas que han mermado sus derechos. En el ámbito sancionador, las garantías formales pueden ser incluso decisivas para evitar la imposición de la sanción, a pesar de la comisión de la infracción. También cabe recordar que la interposición de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico ante una posible existencia de una vía de hecho puede paralizar la actuación administrativa destinada a privar de la propiedad o de algunos derechos al ciudadano. Por cierto, este siempre puede instar que el cálculo del justiprecio alcance el valor real del bien o derecho que se le expropia, sin merma alguna.

Sin la existencia de procedimiento administrativo alguno, estos empresarios ven reducidas no solo sus expectativas de negocio sino también sus derechos por unas normas con rango de ley que no pueden recurrir directamente. Los recursos contencioso-administrativos contra sus actos de aplicación se demorarán en el tiempo, porque se requerirá, entre otras cuestiones, la intervención del Tribunal Constitucional, cuya metodología de enjuiciamiento de una norma o de reconocimiento de derechos nada tiene que ver con la de los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Estos últimos también se encuentran limitados en el enjuiciamiento de las normas reglamentarias, que únicamente pueden declarar nulas, lo que remite nuevamente el asunto al ámbito de las potestades discrecionales de la Administración. Las expectativas de resarcimiento en el ámbito judicial parecen lejanas, dudosas y, en el mejor de los casos, incompletas.

Y todo ello resulta más grave cuando bien puede afirmarse que asistimos, a tenor de lo dicho a lo largo de todo el trabajo, a la decadencia del principio de legalidad por la vulnerabilidad del principio de seguridad jurídica, a la proliferación de disposiciones provisionales que soslayan derechos previos adquiridos, al crecimiento exponencial de la potestad reglamentaria en todos sus escalones y por debajo de ellos, al deliberado desconocimiento de la fragmentación del ordenamiento jurídico, a la generalización de una pésima técnica legislativa, a un déficit de financiación que viene acompañado de un superávit normativo, a un inaudito incremento de las potestades discrecionales que son ejercitadas con grandes dosis de arbitrariedad, a la imposibilidad de obtener de manera inmediata una tutela judicial efectiva —que, de alcanzarse alguna vez, sería en un momento en el que perdería gran parte de su significado— y, en suma, a la crisis del concepto de interés general, difuminado en medio de todo este caos.

A todo ello hay que unir una extemporánea aplicación jurisprudencial de la doctrina del «riesgo regulatorio», que tenía sentido en los inicios del proceso de liberalización del sector y en un sistema copado por los monopolios territoriales. Por cierto, y como apuntan algunas sentencias ya citadas, esta teoría alcanza todo su significado cuando las empresas están «*en condiciones*

idóneas para prever la evolución futura de aquel régimen jurídico». Pero esta afirmación no debe aplicarse a las pequeñas y medianas empresas, que no pueden acceder a los grandes «cenáculos» del poder y, en consecuencia, prever con la suficiente antelación los vertiginosos cambios normativos.

El resultado final es una incertidumbre, rayana con la indefensión. Algo que no dista mucho en las formas del proceso kafkiano y, en el fondo, del típico esperpento español, en el que los espejos pueden pasar de cóncavos a convexos por decisión del Consejo de Ministros.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN GARCÍA, Joaquín (2014), *Estado y soberanía. Conceptos políticos fundamentales*, Madrid, Alianza editorial, pp. 338.
- ALONSO GARCÍA, M^a Consuelo (1999), *La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador*, Madrid, ed. Marcial Pons, pp. 178.
- (2002), «La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales», en *Revista de Administración Pública*, núm. 157, pp. 215-240.
- ARANA GARCÍA, Estanislao (2013): «Uso y abuso del Decreto-Ley», en *Revista de Administración Pública*, núm. 191, pp. 337-365.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (2011), «El respeto al principio de seguridad jurídica en la regulación del régimen retributivo de las energías renovables», en *Revista Otrosí* (5^a época), núm. 6, pp. 17-24.
- BERMEJO VERA, José (1984), «El interés general, como parámetro de la jurisprudencia constitucional», en *Revista Vasca de Administración pública*, núm. 10 (II), pp. 103-138.
- CASTELLANOS GARIJO, María de los Llanos (2012), *Régimen jurídico de la energía eólica: los procedimientos de autorización de los parques eólicos y su acceso y conexión a la red*, Alcalá de Henares, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, pp. 313.
- CASTRO-GIL AMIGO, Juan (2012), «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012: o la indefensión de los canijos», en *Diario La Ley*, núm. 7895, pp. 22-26.
- COMELLA DORDA, Rosa (1997), *Límites del Poder Reglamentario en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*, Barcelona, Cedecs, pp. 104.
- DE LA CRUZ FERRER, Juan (1999), *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico: modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Madrid, Marcial Pons, pp. 503.

- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (2012), «Seguridad jurídica y cambios regulatorios», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, pp. 217-254.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco (2011), «El marco jurídico de la política energética europea, con especial referencia a la «electricidad verde», en *Estudios de la Unión Europea*, Toledo, Centro de Estudios Europeos de la UCLM, pp. 393-456.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco y GARRIDO CUENCA, Nuria (2010), «El régimen de aprovechamiento de la energía eólica en Castilla-La Mancha», en *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 21, 27 pp.
- DÍAZ DE LA CRUZ, María (2009), *Las energías renovables en el sistema eléctrico español*, tesis de Máster, Universidad Pontificia de Comillas, pp. 246.
- DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, Ana (2011), «Gobierno de la crisis. Uso y abuso del Decreto-Ley», en *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 24, pp. 137-178.
- DOMINGO LÓPEZ, Enrique (2000), *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 397.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1998), *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, pp. 172.
- GALÁN VIOQUE, Roberto (2001), «De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador», en *Revista de Administración Pública*, núm. 155, pp. 285-329.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel (1999), «Régimen jurídico de la utilización de la energía eólica en Aragón», en esta REVISTA, núm. 15, pp. 259-279.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1989): «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 61, pp. 5-18.
- (2002), «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en *Revista de Administración Pública*, núm. 159, pp. 173-206.
 - (2003), «La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 117, pp. 95-112.
 - (2005), *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Madrid, Civitas, pp. 290; 2ª ed., 2007.
 - (2009), *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Thomson-Civitas, 6ª ed., pp. 346.

- GIMÉNEZ CERVANTES, José (2010), «El régimen jurídico-administrativo de las energías renovables», en *Tratado de Energías Renovables*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi (Thomson Reuters), pp. 79-118.
- GIMENO FELLIÚ, José María y SANAÚ VILLARROYA, Jaime (2001), «Liberalización del sector eléctrico y sus consecuencias en Aragón. (Diversificación del negocio, escisión e integración de las actividades de ERZ en ENDESA)», en esta REVISTA, núm. 18, pp. 67-111.
- GÓMEZ LUGO, Yolanda (2013), «Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia», en *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 4, pp. 102-117.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2010), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, Civitas (Thomson Reuters), 5ª ed., pp. 766.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2011), *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*, Cizur Menor, Aranzadi (Thomson Reuters), pp. 375.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1994), «El Derecho ambiental como Derecho de la función pública de protección de los recursos naturales», en *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 13, pp. 37-57.
- (2011), «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20, pp. 13-27.
- LÓPEZ SAKO, Masao Javier (2008), *Regulación y autorización de los parques eólicos*, Cizur Menor (Navarra), Civitas (Thomson Reuters), pp. 636.
- LUCAS DURÁN, Manuel (Dir.) (2013), *Fiscalidad y energías renovables*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi (Thomson Reuters), pp. 830.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2004), «La responsabilidad del Estado legislador», en *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 2, pp. 97-180.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998), *Servicio público y mercado. Tomo IV. El sistema eléctrico*, Madrid, Civitas, pp. 203.
- PREUR, Michel (2011), «De l'urgent nécessité de reconnaître le principe de «non régression» en droit de l'environnement», en *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal Issue 2011 (1)*, pp. 26-40.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2001), «El fomento de las energías renovables: medio ambiente y mercado», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 42, pp. 167-189.
- RODRÍGUEZ BAJÓN, Santiago (2012), «El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites», en *Revista de Administración Pública*, núm. 188, pp. 189-205.

- RUBIO LLORENTE (1988), «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, pp. 9-51.
- RUIZ OLMO, Irene (2014), «Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, 3 de marzo de 2014, pp. 1-28.
- RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J. (2004): «Lenguas oficiales y lenguas minoritarias: cuestiones sobre su estatuto jurídico a través del derecho comparado», en *II Mercator International Symposium: Europe 2004: A new framework for all languages?*, Tarragona, pp. 1-30.
- TORRES LÓPEZ, María Asunción y ARANA GARCÍA, Estanislao (Dirs.) (2010), *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi (Thomson Reuters), pp. 493.

LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CUSTODIA DEL TERRITORIO (*) (**)

DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ

SUMARIO: I. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO UNA FUNCIÓN PÚBLICA... RECONOCIENDO LA INICIATIVA PRIVADA: 1. La protección jurídica del medio ambiente: el Derecho Ambiental, y el desarrollo de su función protectora. 2. La protección medioambiental como una función pública: su significado, y las técnicas de intervención de las Administraciones Públicas en materia ambiental. 3. La necesaria participación de la iniciativa privada en la protección del medio ambiente. 4. El necesario mantenimiento del modelo de intervención pública reconociendo el derecho de propiedad y la libertad de empresa como uno de los rasgos esenciales de los Estados democráticos en la actualidad... y en los avances en materia de protección del medio ambiente y desarrollo sostenible.– II. LA CUSTODIA DEL TERRITORIO COMO INSTRUMENTO ADICIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES: 1. Referencias conceptuales: su vinculación a la conservación de espacios naturales, aunque no exclusivamente. 2. Antecedentes en el Derecho comparado: Estados Unidos, Reino Unido, Francia y otros países. 3. Las previsiones de la normativa de la Unión Europea. 4. Los antecedentes de la custodia del territorio en el Derecho Español: las iniciales previsiones de la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres de 1989 y otras previsiones. 5. Instrumentos similares: A) Los contratos territoriales de zona rural de la Ley para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural de 2007. Régimen jurídico. B) Las previsiones de la Ley de Montes de 2003. 6. El régimen jurídico vigente de la custodia del territorio en la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad de 2007: A) Las previsiones normativas. B) El concepto de custodia del territorio. C) Los propietarios de los espacios como sujetos esenciales. D) La importancia de las Entidades de Custodia del Territorio para el régimen de la misma. La participación de las Administraciones Públicas. E) Los acuerdos de custodia: contenido, tipología y formalización. F) Otros mecanismos de custodia. G) La actividad administrativa de fomento de la custodia del territorio. H) La custodia del territorio en el Plan Estratégico de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de septiembre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 de septiembre de 2014.

(**) El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2013-48006, del Ministerio de Economía y Competitividad, cuyo investigador principal es el Prof. Tomás Quintana López, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León.

RESUMEN: La protección del medio ambiente se considera una función pública, y especialmente de las Administraciones Públicas, desde los años setenta del pasado siglo; y así se reconoce en los Tratados Europeos y en la Constitución Española de 1978. Pero, en ocasiones, y por diversas razones, los Poderes Públicos no utilizan sus típicas potestades de policía, sino que prefieren no obligar a los ciudadanos o a las empresas a realizar determinadas acciones, usando entonces los denominados instrumentos de mercado, de carácter estimulante, y complementarios de los fines públicos establecidos por el Ordenamiento Ambiental. Entre estos, y como complemento a la política de protección de la naturaleza, destaca la denominada Custodia del Territorio, cuyos antecedentes, tanto en otros países como en España, otros instrumentos similares y el régimen vigente son el objeto de este trabajo.

Palabras clave: medio ambiente; naturaleza; custodia del territorio; participación privada; Derecho.

ABSTRACT: *The Environmental Protection is considered a public service, and especially the government, from the seventies of the last century; and well recognized in the European Treaties and the Spanish Constitution of 1978. But sometimes, for various reasons, the public authorities do not use their typical police powers, but prefer not force citizens or firms to perform certain actions, then using the so-called market instruments, stimulating character, and complementary public purposes established by the Environmental Planning. Among these, and in addition to the policy of nature protection, called out the Land Stewardship, whose history, both in other countries such as Spain, other similar instruments and the current system are the subject of this paper.*

Key words: environment; nature; land stewardship; private participation; Law.

I. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO UNA FUNCIÓN PÚBLICA... RECONOCIENDO LA INICIATIVA PRIVADA

1. La protección jurídica del medio ambiente: el Derecho Ambiental, y el desarrollo de su función protectora

En la actualidad, como es suficientemente reconocido, existe una gran preocupación en relación con las cuestiones relativas al medio ambiente y al desarrollo sostenible. Tal proceso de concienciación se inicia, en particular, en los años sesenta del pasado siglo, y para intentar atajarlo se han utilizado y utilizan muchos instrumentos y técnicas, destacando especialmente las normas jurídicas, a partir de lo cual surge el Derecho Ambiental (1).

(1) En general, ver ALONSO GARCÍA, E., y LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), y otros, *Diccionario de Derecho Ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006; BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Derecho Ambiental*, Ed. La Ley (Grupo Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2014; ESTEVE PARDO, J., *Derecho del*

En este punto es bien clara la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional-STC 102/1995, de 26 de junio, al afirmar que

«...en el caso del medio ambiente se da la paradoja de que ha de ser defendido por el hombre de las propias acciones del hombre, autor de todos los desafueros y desaguisados que lo degradan, en beneficio también de los demás hombres, y de las generaciones sucesivas. La protección resulta así una actividad beligerante que pretende conjurar el peligro y, en su caso, restaurar el daño sufrido e incluso perfeccionar las características del entorno, para garantizar su disfrute por todos. De ahí su configuración ambivalente como deber y como derecho...»;

y añade que

«[a]hora bien, la acción del hombre con riesgo para el medio ambiente se proyecta en las más variadas manifestaciones, sanitarias, biológicas, industriales o urbanísticas, procedentes del tráfico rodado o del turismo y depredadoras sin más, como la caza y la pesca, manifestaciones difícilmente compartimentables por su heterogeneidad, aun cuando las normas lo intenten hasta donde pueden».

Las normas ambientales, como conjunto y desde un punto de vista descriptivo, abordan la protección de los recursos naturales y del medio ambiente en tres momentos claramente diferenciados. En primer lugar, antes de que surjan los procesos de contaminación y deterioro ambientales, mediante disposiciones esencialmente preventivas, que establecen reglas y directrices sobre determinadas actividades y proyectos, que pueden potencialmente ser perjudiciales para el medio ambiente, con la finalidad de evitar tales efectos, o, al menos, minimizarlos (p. ej., las normas sobre evaluación ambiental).

En segundo lugar, durante los procesos de contaminación y deterioro ambientales, las normas que «*aceptan*» un cierto grado o nivel de contaminación y deterioro ambientales, siendo su finalidad mantenerlo en niveles adecuados y razonables, es decir, admisibles (p. ej., las normas sobre aire, ruido y aguas).

Medio Ambiente, 3^o ed., Ed. M. Pons, Madrid, 2014; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Sistema Jurídico-Administrativo de Protección del Medio Ambiente*, 3^o ed., Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2014; LOZANO CUTANDA, B. y otros, *Tratado de Derecho Ambiental*, Ed. CEF, Madrid, 2014; LOZANO CUTANDA, B., y ALLI TURRILLAS, J. C., *Administración y Legislación Ambiental*, 7^o ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2013; MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, I, II y III Tomos, Ed. Trivium, Madrid, 1991, 1992 y 1997, IV Tomo, Ed. Edisofer, Madrid, 2003; MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE (CANO MURCIA, A., y CANO MUÑOZ, A.), *Medio Ambiente 2009-2010*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2009; ORTEGA ÁLVAREZ, L., y ALONSO GARCÍA, C. (Dir.), y otros, *Tratado de Derecho Ambiental*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013; QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), y otros, *Derecho Ambiental en Castilla y León* (1^o ed., 2003), 2^o ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009; SORIANO GARCÍA, J. E., y BRUFAO CURIEL, P., *Claves de Derecho Ambiental*, Vol. III, *Cuestiones generales del Derecho Ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2013, y VARIOS AUTORES, *Estudios de Derecho y Gestión Ambiental*, Ed. Fundación Cultural Santa Teresa-Junta de Castilla y León, Ávila, 1999.

Finalmente, un tercer grupo normativo tiene por objeto las consecuencias de los procesos de contaminación y deterioro ambiental; es decir, estas normas se aplican, en su caso, una vez producidos tales procesos, e incumpliendo las disposiciones de los grupos anteriores (p. ej., las normas ambientales sancionadoras, el delito ambiental o las normas sobre responsabilidad por daños ambientales).

Esta función protectora del medio ambiente que lleva a cabo el Derecho no se realiza de cualquier forma, sino que ha de partir del concepto de «*calidad de vida*» como aspiración situada en primer plano por el Preámbulo de la Constitución (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ n° 4), y tiene dos ejes principales: el desarrollo y progreso económico y social (basado en el reconocimiento del derecho de propiedad privada y de la libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado, y sin perjuicio de preverse la intervención pública en éstos ámbitos) y la preservación del medio ambiente y de los sistemas naturales (lo que constituye título habilitante y obligación, al mismo tiempo, para la intervención del Derecho y de los Poderes Públicos).

Siendo así necesario, pues, compatibilizar y armonizar estos dos ejes. Como señaló en su día la Sentencia del Tribunal Supremo-STS de 12 de julio de 1978, en relación con los problemas provocados por una instalación de secado y almacenaje de pieles, al establecer que

«...era necesario armonizar... el ejercicio de la libertad industrial... y por otro salvaguardar los intereses y necesidades de la comunidad vecinal... para paliar o eliminar las molestias o peligros que la actividad de que se trate pueda ocasionar...».

y que, unos años más tarde, ya en el marco de la Constitución Española, la STC 64/1982, de 4 de noviembre, afianzó con mayor precisión al señalar que

«...no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la 'utilización racional' de éstos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida...» (FJ n° 2).

Se trataría, de este modo, de intentar alcanzar el «*desarrollo sostenible*» (2), equilibrado y racional que no olvida las generaciones futuras, como señala la STC 102/1995, de 26 de junio (FJ n° 4), con mención expresa al contenido

(2) Sobre el significado de este importante concepto, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Articulación y perspectivas del desarrollo sostenible en la Unión Europea», en *Noticias de la Unión Europea*, n° 264/2007, pp. 35-60, y «El régimen de sostenibilidad medioambiental», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 25/2011, pp. 163-218.

del informe Brundtland, «Nuestro futuro común», de 1987. En concreto esta STC 102/1995, de 26 de junio, señala expresamente que

«...se encomienda a los Poderes públicos la función de impulsar y desarrollar se dice, la actividad económica y mejorar así el nivel de vida, ingrediente de la calidad si no sinónimo, con una referencia directa a ciertos recursos (la agricultura, la ganadería, la pesca) y a algunos espacios naturales (zonas de montaña) (art. 130 C.E.), lo que nos ha llevado a resaltar la necesidad de compatibilizar y armonizar ambos, el desarrollo con el medio ambiente (STC 64/1982). Se trata en definitiva del «desarrollo sostenible», equilibrado y racional, que no olvida a las generaciones futuras, alumbrado el año 1987 en el llamado Informe Brundtland [sic], con el título «Nuestro futuro común» encargado por la Asamblea General de las Naciones Unidas».

Modelo éste que se prevé tanto en la Constitución Española como en los tratados de la Unión Europea.

2. La protección medioambiental como una función pública: su significado, y las técnicas de intervención de las Administraciones Públicas en materia ambiental

Por otra parte, en la protección del medio ambiente debe tenerse en cuenta la esencial intervención de los Poderes Públicos y, en particular, de las Administraciones Públicas, ya que la degradación ambiental ha propiciado un importante cambio de perspectiva para el Ordenamiento jurídico que regula y protege los recursos naturales. En efecto, la regulación jurídica tradicional de estos bienes presentó siempre un acentuado enfoque patrimonial, con diversos objetivos según el bien protegido, que provocó la reducción del alcance mismo de su protección (así, p. ej., la legislación histórica de aguas, o sobre el patrimonio forestal o las marismas). Posteriormente, los problemas ambientales, visibles desde los años 60 y 70 del siglo XX, provocaron el abandono, parcial y nunca completo, del objetivo de lograr la más amplia explotación económica de los recursos naturales, en beneficio de la inclusión, como objetivo del Derecho, de una disminución de la degradación y el agotamiento progresivo de los mismos; separándose del enfoque patrimonial; pasándose a concebir y valorar el medio ambiente como un bien de interés general. Además, esta nueva perspectiva le dará al Derecho Ambiental un eminentemente carácter público, al derivar la misma de la percepción de que tal protección ambiental es una exigencia de la vida humana. Es más, en esa preservación del medio ambiente comienza a tener importancia no sólo el presente sino también las generaciones futuras, con la finalidad de permitirles vivir en condiciones de vida adecuadas; es decir, se comienza a tener en cuenta el concepto del desarrollo sostenible.

Debido a las razones anteriores, las Legislaciones de esa época atribuyen globalmente la función de corregir y hacer disminuir la degradación ambiental a los Poderes Públicos y, en particular, a las Administraciones Públicas, debido a los intereses generales implicados, como hemos señalado. Ya no será suficiente, como en el pasado, la mera presencia de una reducida Administración que garantice unas correctas relaciones de vecindad y proteja la salubridad pública, sino que la protección del medio ambiente de los variados y agresivos agentes contaminantes requerirá una acción pública eficaz y diversificada, debido al origen y contenido de los peligros y riesgos ambientales. Se demandará, pues, una directa intervención pública planificando, ordenando, inspeccionando y sancionando las conductas que incidan o puedan incidir en el medio ambiente; es decir, se exigirá utilizar el poder de autoridad de los Poderes Públicos y de las Administraciones.

Así, esta novedosa concepción, hoy generalizada, está garantizada en los Tratados de la Unión Europea y en el art. 45-2º de la Constitución Española, al señalar éste que:

«Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva».

Esta concepción se basa en la teoría del Estado Social, que pregona la responsabilidad e intervención del Poder Público en la satisfacción y en la consecución de objetivos de interés para la sociedad, al convertirse los recursos naturales y el medio ambiente, por su escasez y deterioro, en una cuestión de interés general. Pero, es más, esta perspectiva le dará al Derecho Ambiental un carácter preponderantemente público; siendo el Legislador el encargado de prever los instrumentos para proteger el medio ambiente, como bien general, y correspondiendo un papel central al Gobierno y a las Administraciones Públicas (3).

Las tareas encomendadas a las Administraciones Públicas por el Ordenamiento Jurídico, y bajo la dirección del Gobierno correspondiente, pueden llevarse a cabo de múltiples y variadas formas. Así, entre los modos de actuación administrativa más comunes se suelen mencionar la actividad de policía o de ordenación y limitación, la actuación de fomento o estimulante, la actividad de prestación o de servicio público y la actividad o gestión eco-

(3) En relación con la intervención pública y en particular de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta el trabajo de JORDANA DE POZAS, L., «Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo», en *Revista de Estudios Políticos*, nº 48/1949, ver BERMEJO VERA, J. (Dir.), y otros, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 7º ed., Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009; DE LA CUÉTARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, y MELÓN MUÑOZ, A. (Dir.), y otros, *MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE, Administrativo 2014*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2014.

nómica directa, así como la inspección y la potestad sancionadora. Y también instrumentos de mercado (como certificación, y normalización, auditorías y sistemas de gestión ambiental en empresas, mercados ambientales, etc.) y otros (planificación, etc.).

En el desempeño de estas actividades, la Administración Pública ejercita potestades, entendiendo por tales los poderes jurídicos reconocidos por el Ordenamiento susceptibles de ser aplicados con carácter permanente a quienes se encuentren sometidos a la acción de la Administración, y cuyo ejercicio corresponde en exclusiva a ésta.

Además, estas modalidades de actuación administrativa pueden contemplarse desde la perspectiva de la responsabilidad que asumen las Administraciones Públicas, o, incluso, los funcionarios y el personal a su servicio que las integra, como consecuencia de su actuación, o de su falta de actuación, cuando están obligadas a ello, y causan ciertos daños. No obstante, y a pesar de estas importantes potestades públicas, la Sentencia del Tribunal Supremo-STS de 7 de noviembre de 1990 (AR. 8750) se lamentaba de la pasividad de ciertos poderes públicos en la adopción de medidas eficaces en defensa de las múltiples agresiones al medio ambiente que se dan todos los días.

3. El necesario mantenimiento del modelo de intervención pública reconociendo el derecho de propiedad y la libertad de empresa como uno de los rasgos esenciales de los Estados democráticos en la actualidad... y en los avances en materia de protección del medio ambiente y desarrollo sostenible

Pero, para proteger el medio ambiente y garantizar el desarrollo sostenible, los valores, principios, derechos y libertades de los Estados democráticos y los modelos económico-sociales de los mismos (en concreto, propugnando una intervención pública en la sociedad, que debe respetar los derechos y libertades de los ciudadanos, y los propios valores democráticos de la sociedad) deben mantenerse, e incluso afianzarse, pues es en ellos en los que cobra más sentido tal protección y garantía. El Derecho Ambiental, como sistema normativo, regula en la forma que hemos visto las actividades humanas que inciden en el medio ambiente, para protegerlo, modulando los derechos y libertades de los ciudadanos, pero sobre la base de su previo y necesario reconocimiento (4).

(4) BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Derecho Ambiental*, op. cit., 85-90; MORA RUIZ, M., *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, y SANZ LARRUGA, F. J., GARCÍA PÉREZ, M., y PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.), y otros, «Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas», Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

Uno de los rasgos más característicos de estos Estados es, como ya hemos señalado, la intervención pública de los Poderes Públicos y de las Administraciones justificada en objetivos de interés general, como la protección del medio ambiente, considerándose ésta precisamente una función pública. Pero, tal intervención ha de realizarse en todo momento asumiendo y respetando los derechos y libertades de los ciudadanos, y las reglas esenciales de la sociedad, tales como el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa; los cuales no solo no deben olvidarse en aras de la protección del medio ambiente como marco de la intervención pública, sino que deben seguir protegiéndose en las actividades de protección ambiental. Modelo éste que, como es sabido, se refleja claramente en la Constitución Española de 1978, concretamente en los arts. 33, sobre la propiedad privada, 38, sobre la libertad de empresa, y 128, relativo a la intervención pública en la economía.

Este modelo lo refleja con claridad la STS de 10 de diciembre de 2009 (AR. 2010/2187) al señalar que

«No nos encontramos en la época administrativa del Antiguo Régimen en el que la actividad de policía o control del Estado equivalía prácticamente a cualquier intervención pública destinada a ordenar la vida social o asegurar los intereses de la comunidad, cual atributo genérico del poder público que podía ser ejercitado sin más limitaciones que los derivados de las leyes y de los derechos reconocidos a los ciudadanos. Es cierto que a partir de la mitad del pasado siglo, y como consecuencia de la planificación pública de la economía, la Administración asume una función directiva y, a la tradicional función de control —con la que continua pero en un marco de libertades—, se une la de ordenación de algunos sectores sensibles que, por otra parte, crece considerablemente con la configuración de los denominados derechos fundamentales de tercera generación, entre los que aparece como destacado el derecho al medio ambiente en el que, obviamente, la Administración ha de establecer los necesarios controles para la protección de los bienes colectivos que constituyen su objeto.

Sin embargo, tan sintetizada evolución de la actividad administrativa en modo alguno permite que, en el marco del Estado de Derecho, se proceda a disciplinar legalmente el ejercicio de dichas facultades por parte de las distintas Administración públicas reduciendo los márgenes de discrecionalidad de las mismas y sometiéndolas a un estricto control jurisdiccional. Por ello, para la protección del medio ambiente se les atribuyen a las Administraciones públicas poderes y se les habilitan potestades de muy distinta naturaleza jurídica, sobre todo potestades de ordenación y control de las actividades privadas susceptibles de dañar el citado medio ambiente. Mas ello no implica que se habilite a las Administraciones públicas con un margen de actuación discrecional con capacidad por imponer medidas —o condicionantes— en una autorización administrativa como las que, con corrección, han sido anuladas por la Sala de instancia.

Seguimos, pues, en el sistema de la necesaria y previa habilitación legal de potestades administrativas para poder restringir las actuaciones de los ciu-

dadanos, aunque las Administraciones actúen en defensa de intereses colectivos como son los que integran el medio ambiente. Seguimos, en síntesis, en el modelo liberal de la autorización reglada encaminada a la comprobación del lícito ejercicio de sus derechos por parte de los ciudadanos, y, no, en modo alguno —como parece defender la Comunidad Autónoma recurrente—, en presencia de unas supuestas autorizaciones constitutivas y creadoras de situaciones jurídicas de corte discrecional. No hay, pues, más intervención administrativa, aun sea en defensa del medio ambiente, que la expresa y concretamente habilitada por la ley».

4. La necesaria participación de la iniciativa privada en la protección del medio ambiente

Aunque el papel preponderante en la protección ambiental le corresponde a los Poderes Públicos y especialmente a las Administraciones Públicas, no cabe duda que en la Unión Europea y en los modelos de sus Estados Miembros y de sus sociedades (y también en otros Estados democráticos del mundo, aunque con matices en cuanto a los niveles de intervención pública, como en los Estados Unidos), también tienen una posición relevante los ciudadanos, individualmente (pues son los titulares de los derechos relacionados con los recursos naturales) o en organizaciones variadas, y las propias empresas, no sólo por ser objeto de las obligaciones relativas a tal protección incluidas en los correspondientes Ordenamientos, sino porque también son los sujetos que realizan acciones que deterioran el medio ambiente, siendo responsables de las mismas; pero a veces la propia dinámica de las actividades socio-económicas o empresariales les obligan a plantear líneas de actuación novedosas y a veces muy interesantes a favor del medio ambiente y de su protección, y que con el tiempo acaban por ser tenidas en cuenta por el propio legislador (nuevos productos, nuevas técnicas de producción y trabajo, nuevos métodos para afrontar problemas, etc.), o estableciendo instrumentos de colaboración público-privada (5).

(5) QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A., y CASARES MARCOS, A., *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada* (Premio Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León. Edición 2010), Ed. CESCYL, Valladolid, 2011; VARIOS AUTORES, *Coordinación entre la iniciativa pública y la privada para la conservación de patrimonio natural valenciano* (II Jornadas del Parque Natural de la Sierra de Mariola, 28 a 30 de noviembre de 2007), Ed. Generalidad Valenciana, Valencia, 2009.

II. LA CUSTODIA DEL TERRITORIO COMO INSTRUMENTO ADICIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES

En el marco normativo y administrativo de protección del medio ambiente se integran con normalidad los espacios naturales. Desde el siglo XIX, los Poderes Públicos ya asumen como una función pública la conservación de la naturaleza (6); sistema que se mantiene sin problemas y reforzado en la actualidad.

Sin embargo, y también por las razones señaladas, los Poderes Públicos no agotan todos los instrumentos posibles para realizar las funciones de conservación previstas en el Ordenamiento Jurídico. En efecto, tanto en la antigüedad como actualmente, el Ordenamiento prevé la utilización de instrumentos del ámbito privado, que tienen finalidades complementarias a las correspondientes funciones públicas de protección de los espacios y recursos naturales, o la participación de la iniciativa privada en dichos objetivos públicos de protección. Concepción esta que se fundamenta en una tradición de protección privada del territorio, arraigada desde antiguo, en el marco de una concepción liberal de la conservación, en la que la iniciativa privada incluye contenidos objetivos relacionados con el interés general y con ciertas finalidades sociales, sobre la base de su carácter voluntario y teniendo en cuenta la importancia del dato de que la mayoría del territorio y de los espacios naturales están en manos privadas (p. ej., en los parques naturales españoles la titularidad privada de los terrenos se aproxima al 60% de la superficie, según el Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017). Además, debe asimismo tenerse en cuenta que no siempre las formas tradicionales de actuación de los Poderes Públicos a favor del medio ambiente y la conservación de espacios alcanzan los objetivos establecidos. Por otro lado, y teniendo en cuenta el marco del Estado en el que actuamos, la participación privada en la conservación del territorio y de los espacios naturales se concibe como una herramienta complementaria de la protección pública de los mismos, de la función pública de protección

(6) LÓPEZ RAMÓN, F., *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos*, Ed. Real Colegio de España de Bolonia, Zaragoza, 1980; *Política ecológica y pluralismo territorial: ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, y «La Ley de Conservación de 1989 y la continuidad de sus planteamientos en la Ley del Patrimonio Natural de 2007», en *Noticias de la Unión Europea*, n° 307/2010, Monográfico sobre «Patrimonio natural y biodiversidad», pp. 3-8; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El régimen jurídico de la utilización y uso de los espacios naturales protegidos: aspectos internacionales, comunitarios e internos», en *Noticias de la Unión Europea*, n° 179/1999, pp. 51-70, y DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, F., *Los Espacios Naturales Protegidos*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

ambiental, pues. Y entre estos instrumentos (7) debe resaltarse la Custodia del Territorio (8).

1. Referencias conceptuales: su vinculación a la conservación de espacios naturales, aunque no exclusivamente

De manera sintética, podemos situar los orígenes de la Custodia del Territorio en el siglo XIX, en el mundo anglosajón, según veremos, como una respuesta de la sociedad ante la necesidad de actuar, de manera filantrópica y ética, para preservar determinadas zonas y áreas. Y la misma tiene su sentido originario precisamente en la conservación de espacios naturales.

No obstante, y aunque no se menciona con ese nombre, la implicación de la iniciativa privada, y voluntaria, en el cumplimiento de fines públicos y de interés general, de una forma similar a la Custodia del Territorio, se prevé claramente en el ámbito de la Ley de Montes de 2003 y en la importante Ley para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural de 2007, como veremos; reconociendo así el carácter multifuncional de la agricultura (9) y específicamente de los montes y de las masas forestales.

(7) En relación con otros instrumentos, ver ALFAYA, V., BENDITO, C., y DE LA CALLE, M. Á., «¿Tienen sentido los bancos de hábitats en España? Reflexiones en torno a la implantación de los bancos de hábitats y su utilidad para monetizar el capital natural», en *Ecosostenible* (Grupo Wolters Kluwer), nº 18/2012, pp. 19-35; MADERUELO, C. L., «Las experiencias americanas de *banking*, los referentes de los proyectos europeos. España prevé desarrollar en 2013 su primer banco de hábitats, también piloto», en *Ecosostenible* (Grupo Wolters Kluwer), nº 18/2012, pp. 50-55; PIETX Y COLOM, J., «La participación de la custodia del territorio en los sistemas de bancos de hábitats. Primera reflexión», en *Ecosostenible* (Grupo Wolters Kluwer), nº 18/2012, pp. 4-18; PRIETO, F., «Bancos de hábitats: una visión crítica. Incertidumbre y principio de precaución ante una nueva herramienta de mercado», en *Ecosostenible* (Grupo Wolters Kluwer), nº 18/2012, pp. 39-49.

(8) BASORA ROCA, J., y SABATÉ y ROTÉS, J., y otros, *Custodia del territorio en la práctica. Manual de introducción a una nueva estrategia participativa de conservación de la naturaleza y el paisaje*, Ed. Fundación Territorio y Paisaje-Obra Social de Caja Cataluña-Red de Custodia del Territorio, 2006; CENTENERA, S., y SÁNCHEZ, A., *Custodia del Territorio: una apuesta de futuro*, Ed. Fundación Amigos del Águila Imperial, Lince Ibérico y Espacios Naturales privados, Madrid, 2012, y DONADA, L., y ORMAZÁBAL, M., *Custodia del territorio. Un modelo de gestión dentro de Red Natura 2000*, Proyecto Fin del Master en Espacios Naturales-UAM-UCM-Univ. Alcalá, Madrid, septiembre de 2005.

(9) Sobre las relaciones entre la agricultura y el medio ambiente, ver DELGADO DE MIGUEL, J. F., *Derecho Agrario Ambiental. Propiedad y Ecología*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992, y *Derecho Agrario de la Unión Europea*, Ed. The Book, 1996; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La Política Agroambiental en Castilla y León», 5º Congreso de Economía Regional de Castilla y León (Ávila, 28 a 30 de noviembre de 1996), *Comunicaciones*, Vol. 3, Ed. Junta de Castilla y León, Salamanca, 1996, pp. 1509-1519; LÓPEZ RAMÓN, F., «La protección voluntaria de los espacios naturales y el régimen de fomento de la agricultura sostenible», en *Actas del III Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, Ed. Fundación Biodiversidad, Madrid, 2000,

En sentido amplio, la Custodia del Territorio (10) hace referencia al conjunto de estrategias y técnicas diversas que pretenden favorecer y hacer posible la responsabilidad de los propietarios, y usuarios, en la gestión y conservación del territorio y de los recursos y valores naturales, culturales y paisajísticos. Además, se suele hacer referencia asimismo a un concepto más concreto, y ya con connotaciones jurídicas, que es aquel que efectivamente hace referencia a un procedimiento de acuerdo voluntario entre un propietario y una determinada Entidad, denominada de Custodia del territorio utilizando alguno de los diferentes mecanismos de acuerdos de custodia posibles, con base jurídica o sin ella.

Aunque jurídicamente precisaremos algunas cuestiones más adelante, podemos inicialmente precisar las siguientes características de la Custodia del Territorio:

- *se trata de un modo de hacer y actuar (a veces, se habla de «filosofía»);
- *tiene siempre carácter voluntario, especialmente para el propietario privado del territorio correspondiente (11);

pp. 59-80; ROELANTAS DU VIVIER, F., *Agricultura Europea y Medio Ambiente. Un porvenir fértil*, Ed. Asociación Vida Sana-Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Barcelona, 1988, y VARIOS AUTORES, «Agricultura y Medio Ambiente», *Revista El Campo* (BBV), nº 131/1994.

(10) Sobre este concepto, ver BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, Plataforma de Custodia del Territorio-Fundación Biodiversidad, Madrid, 2010, pp. 23-36; DURÁ ALEMAÑ, C. J. «Reservas naturales privadas. La custodia del territorio», en ALONSO GARCÍA, E., y LOZANO CUTANDA, B., *Diccionario de Derecho Ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pp. 1058-1070; GRUPO DE TRABAJO «Paisaje y Custodia del Territorio»-CONAMA9-2008 (Madrid, 1 a 5 de diciembre de 2008) <http://www.conama9.org/conama9/>; ORIHUELA ORELLANA, M., y BLANCO TORRES, R., *La Custodia del Territorio en Andalucía. Manual de ayuda*, Ed. Fundación Biodiversidad-ANDANATURA-Junta de Andalucía, Sevilla, 2007, pp. 9-11; PALLARÉS SERRANO, A., «El recurso a la custodia del territorio y a los acuerdos voluntarios en el ámbito del patrimonio natural y la biodiversidad», en *Revista Catalana de Derecho Público*, nº 41/2010, y PIETX Y COLOM, J., «Custodia del Territorio: Una oportunidad de participación y alianza para la conservación y el uso sostenible de los recursos en los espacios naturales y su entorno», en I Simposio Hispano-Suizo «Tierra Adentro»: La integración social de los espacios naturales protegidos (Salamanca, 17 a 19 de mayo de 2004), Ed. Junta de Castilla y León-Mira Suiza (Ministerio de Asuntos Exteriores de Suiza), Salamanca, 2004, pp. 249-264.

En relación con sus perspectivas futuras, vid. PIETX Y COLOM, J., y otros, «Prospectiva y escenarios de futuro para la custodia del territorio en España», Congreso Nacional del Medio Ambiente-CONAMA12-2011 (Madrid, 26 al 30 de noviembre de 2011) <http://www.conama2012.conama.org/web/index.php>

(11) Este esencial carácter de la Custodia del Territorio lo destacan BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., p. 31; GÓMEZ GONZÁLEZ, J. M., «La custodia del territorio como instrumento de implicación social en la conservación del patrimonio natural», en *Ecosostenible* (Grupo Wolters Kluwer), nº 16/2006, 15 págs., la referencia en pp. 4 y 5; ORIHUELA ORELLANA, M., y BLANCO TORRES, R., *La Custodia del Territorio en Andalucía. Manual de ayuda*, op. cit., p. 10, y MUÑOZ AMOR, M^o. del M., «La custodia del territorio como paradigma de la administración concertada», en *Práctica Urbanística (La Ley)*, nº 108/2011, pp. 50-62, la referencia en p. 53.

*implica a los propietarios (privados) del territorio correspondiente, y actualmente también a los usuarios del mismo; aunque asimismo pueden participar sujetos públicos, con un papel diferente a los anteriores;

*tiene carácter complementario de los fines de interés general y públicos en materia de conservación del espacio (12); si bien, no sustituye a los instrumentos jurídicos y administrativos destinados a la conservación del territorio.

Con algo más de precisión, podemos añadir los siguientes caracteres:

*su objetivo es conservar a largo plazo los valores naturales, culturales y paisajísticos de un lugar determinado;

*los principales agentes implicados en la Custodia del Territorio son los propietarios del terreno y las Entidades de Custodia, contando con el apoyo de las Administraciones Públicas y de otros sujetos privados (empresas, fundaciones, etc.) (13);

*los terrenos objeto de custodia son principalmente de propiedad privada, aunque no constituye problema alguno que los mismos sean de titularidad pública, especialmente de carácter municipal;

*el instrumento que permite llevar a cabo las actuaciones de custodia (entre la Entidad de Custodia y los propietarios) es el denominado contrato o acuerdo de custodia (aunque debe tenerse en cuenta que, si participa un Ente Público, incidirá la legislación administrativa correspondiente), cuya finalidad principal es la protección del territorio;

*el elemento esencial de este acuerdo o contrato es la voluntariedad, y su base precisamente es la confianza mutua entre las partes, y

*el modelo de gestión suele ser participativo.

Finalmente, la relación jurídica que surge a partir de acuerdo o contrato tiene tres elementos, que son:

*elemento objetivo: el territorio o espacio a conservar, que puede ser de propiedad pública o privada;

(12) ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., «La custodia del territorio como instrumento complementario para la protección de espacios naturales», en *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, nº 1/2011, pp. 1-22, y MONTESDEOCA DE LA FUENTE, M., «La Custodia del Territorio como estrategia de protección del medio ambiente», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, de 27 de enero de 2014, 22 páginas.

(13) Con detalle los analizan BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., pp. 139-165. También, MUÑOZ AMOR, M^o. del M., «La custodia del territorio como paradigma de la administración concertada», op. cit., pp. 53-55, y ORIHUELA ORELLANA, M., y BLANCO TORRES, R., *La Custodia del Territorio en Andalucía. Manual de ayuda*, op. cit., pp. 24-29.

*elemento subjetivo: el titular del terreno y la Entidad de Custodia, que pueden tener naturaleza pública o privada, y

*título constitutivo: el acto voluntario, formalizado jurídicamente, del que derivan los compromisos correspondientes; aunque también puede ser de carácter verbal.

2. Antecedentes en el Derecho comparado

Sin perjuicio de que pueda hacerse referencia a antecedentes más antiguos (14), el origen de la custodia del territorio se encuentra en Estados Unidos y en Reino Unido, en el siglo XIX (15).

Por lo que se refiere a los Estados Unidos (16), debemos mencionar en primer lugar el Movimiento Conservacionista americano (entre 1890 y 1920), que supuso la primera toma de conciencia a gran escala sobre los problemas ambientales y en materia conservacionista, y que trajo consigo algunas iniciativas públicas y privadas muy importantes en ambas materias.

Entre los intelectuales que idearon el marco del Movimiento pueden citarse a MARSH (que propuso la creación de un sistema nacional de bosques administrados por una Comisión Forestal, que establecería reservas que no podrían venderse a compañías madereras privadas); THOREAU (que planteó la necesidad de conservar áreas de belleza natural extraordinaria para las generaciones futuras) y especialmente John MUIR (fundador del Sierra Club en 1892, para la defensa de las bellezas naturales de California y que había logrado la creación del parque nacional de Yosemite en 1890). Por su parte, debe resaltarse, a nivel político, la figura del Presidente ROOSEVELT, al crear en la Administración federal el Sistema Nacional de Bosques e impulsar la creación de parques nacionales.

(14) Como, p. ej., la aprobación el «estatuto de usos» por el rey Enrique VIII de Inglaterra (1491-1547), mediante el que, si alguien cedía la tierra a otra persona, haciéndola beneficiaria de la misma, se concedía título legal sobre el terreno a esta última. Ver ORIHUELA ORELLANA, M., y BLANCO TORRES, R., *La Custodia del Territorio en Andalucía. Manual de ayuda*, op. cit., pp. 12-15.

(15) Sobre su origen y los antecedentes históricos comparados, ver BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., pp. 69-123; CANALS VENTÍN, P., «De las comunidades indígenas y locales a la custodia de espacios naturales», *Ambienta*, n° 67/2007, pp. 32-37; GÓMEZ GONZÁLEZ, J. M., «La custodia del territorio como instrumento de implicación social en la conservación del patrimonio natural», en *Ecosostenible* (Grupo Wolters Kluwer), n° 16/2006, 15 págs., y ORIHUELA ORELLANA, M., y BLANCO TORRES, R., *La Custodia del Territorio en Andalucía. Manual de ayuda*, op. cit., pp. 12-15.

(16) BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., pp. 69-82.

No obstante, las referencias más concretas son las ideas de Charles ELIOT, un arquitecto paisajista, quien en 1891 propuso la creación de una organización sin ánimo de lucro para mantener la conservación de tierras naturales, que primero se denominó *The Trustees of Public Reservations* (Fideicomisos de Reservas Públicas), y posteriormente *Trustees of Reservations* (Fideicomisos de Reservas); principalmente en la zona de *Waverley Oaks*, en Belmont, cercana al Boston (Massachusetts) muy industrializado de entonces. Propuesta que realizó mediante una carta, titulada «*The Waverley Oaks*» de 5 de marzo de 1890 que publicó el diario *New England Garden and Forest*. Posteriormente, la propuesta se convertiría en una Ley de 1891 que creó la organización citada.

Años más tarde, en 1951 nacería *The Nature Conservancy* (que llegaría a contar con 800.000 socios y 400.000 has. protegidas) y después *Land Trust Alliance* (con 900.000 miembros 1,6 millones de has. protegidas) (17). Actualmente, hay en Estados Unidos más de dos mil organizaciones de conservación de tierras.

Algunas décadas después, y debido a la diversidad de normas de los Estados existentes (destacando una Ley de 1969 del Estado de Massachusetts), en 1981 se elaboró un modelo de Ley Uniforme de Servidumbres de Conservación o Ambientales (que hace referencia a las definiciones, personas titulares de las servidumbres, aceptación, duración, modificación y exigencia de cumplimiento), que ha servido de modelo para la mayoría de las normas de los Estados en esta materia. Además, debe subrayarse que entre los titulares de estas servidumbres se encuentran algunos organismos federales, como el Servicio de Pesca y Vida Silvestre de los Estados Unidos o el Servicio de Parques Nacionales, y un buen número de órganos de los Estados.

En relación con los antecedentes en el Reino Unido (18), se puede señalar que en 1895 los filántropos victorianos HILL, HUNTER y RAWNSLEY crearon *The National Trust* para adquirir y proteger terrenos costeros y rurales para conservarlos, sin ánimo de lucro; que adquirió tierras en 1899 en Wicken Fen, cerca de Cambridge, constituyendo la reserva más antigua. Posteriormente, se dio un paso más importante, al aprobarse en 1907 la *National Trust Act*, con la finalidad de promover la conservación de tierras y propiedades de belleza e interés histórico, y para la conservación de las características naturales de las tierras y de su vida silvestre, y estableció que las tierras adquiridas por el *Trust* con fines de conservación serían inalienables, no siendo posible su venta ni su enajenación, ni se podían establecer sobre ellas limitaciones, sin

(17) Ver su enlace electrónico: <http://www.landtrustalliance.org/>

(18) BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., pp. 98-108; GÓMEZ GONZÁLEZ, J. M., *La custodia del territorio como instrumento de implicación social en la conservación del patrimonio natural*, op. cit., pp. 2-3.

permiso del Parlamento, por ley (concediéndoles así un estatuto similar a los bienes de dominio público de nuestro Derecho). Esta Ley fue actualizada en 1935, 1939, 1946 y 1971, añadiendo algunas garantías más. Además, se constituyen algunas organizaciones privadas, conservacionistas, en relación con la vida salvaje (*Wildlife Trusts*), las tierras madereras (*Woodland Trust*), sobre protección de los pájaros (*Royal Society for the Protection of Birds*) o para la promoción y protección de los parques nacionales (*Council for National Parks*). Entre los instrumentos previstos en la legislación inglesa podemos señalar los destinados a la adquisición de la propiedad o el arrendamiento de esas tierras, los convenios de conservación y las donaciones o legados.

Algo más tarde que en el mundo anglosajón, en Francia (19) se crea el *Conservatoire des Espaces Littoraux et des Rivages Lacustres*, mediante la Ley de 10 de julio de 1975, actualmente integrada en el Código de Medio Ambiente, como organismo público con funciones de protección de la costa y las riberas de los lagos, y los espacios naturales, siendo posible que el mismo adquiriera terrenos con tal finalidad, siguiendo el modelo inglés. Actualmente, sus funciones se establecen en el Código Rural y en el Código de Medio Ambiente. Posteriormente, en la década de los años ochenta del pasado siglo, se crearon algunos organismos de este tipo más; llegándose a crear una federación de los mismos en 1988, la *Fédération des Conservatoires d'Espaces Naturels*, constituyendo actualmente el principal sujeto privado en la Red Natura 2000 francesa. Asimismo, debe mencionarse la *Société Nationale de Protection de la Nature*, que es una asociación de utilidad pública con el objeto de realizar actividades educativas y de protección de la naturaleza.

Entre los instrumentos establecidos por la legislación francesa para que el *Conservatoire* desarrolle su actividad se prevén los acuerdos amistosos, los derechos de adquisición preferente, la facultad expropiatoria como beneficiario de la misma, la asignación de terrenos de dominio privado del Estado, las servidumbres y las donaciones o legados. Además, en 1976 se permitió la creación de Reservas Naturales Voluntarias, a iniciativa del Estado y a propuesta de propietarios privados; las cuales fueron suprimidas en 2002, siendo posible su conversión en Reservas Naturales Regionales, que son creadas por las Regiones a instancia de los propietarios de las tierras.

Por otra parte, la Ley 99-574 de Orientación Agrícola de 9 de julio de 1999 (JORF del 10), modificada por última vez en 2011, reguló el Contrato Territorial de Explotación (20), con el objetivo de encauzar a los agricultores

(19) BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., pp. 98-108, y ORIHUELA ORELLANA, M., y BLANCO TORRES, R., *La Custodia del Territorio en Andalucía. Manual de ayuda* op. cit., p. 14.

(20) CANTÓ LÓPEZ, M^o. T., «La protección voluntaria del ambiente agrario: de la subvención al contrato territorial de explotación», en ARGULLOL MURGADAS, E. (Dir.), y otros, *La*

en materia ambiental. Después, el Decreto 2003-675 de 22 de julio de 2003 (JORF del 25) regula el Contrato de Agricultura Sostenible, cuya finalidad es poner en marcha un proyecto que tenga en cuenta las funciones ambientales, económicas y sociales de la agricultura, teniendo por objeto la contribución de la explotación agrícola a la preservación de los recursos naturales, la ocupación racional y el desarrollo del espacio rural, y específicamente luchar contra la erosión del suelo y preservar su fertilidad, el agua, la diversidad biológica, la naturaleza y los paisajes, aunque también puede incluir objetivos económicos y sociales, y que incluye a agricultores y a asociaciones que trabajen en este ámbito. Actualmente, debe tenerse en cuenta la regulación, a la que afectaron esas normas, del Código Rural y de la Pesca Marítima, que tiene carácter general e integrador.

Por su parte, en los Países Bajos se creó en 1905 la Sociedad Holandesa para la Preservación de los Monumentos Naturales, con la finalidad de conservar ciertos lugares para pasear, y que realizó la primera compra con tal finalidad ese mismo año, en una zona cercana a Amsterdam, que antes era un vertedero de residuos; además, se ha creado una unión entre organizaciones dedicadas a la conservación de espacios. Asimismo, en la República Checa existe una asociación de protectores de la naturaleza, con más de veinte años de experiencia, y que en 1999 crearía la entidad de custodia *Kosenka*.

Asimismo existen iniciativas similares en Latinoamérica (21), al contar esta parte del mundo con un porcentaje importante de los recursos naturales mundiales. Tradicionalmente, los Estados han adquirido, según sus posibilidades (siendo el coste el problema mayor), tierras para preservarlas, a través de la creación de parques nacionales o reservas, o han impuesto limitaciones de uso a terrenos privados, mediante las normas correspondientes.

La trascendencia de la conservación de tierras privadas ha aumentado en los últimos años, destacando como país pionero a Costa Rica, y después, desde la década de los noventa del pasado siglo, la creación de reservas privadas en Brasil, o estatales y provinciales en Argentina, el reconocimiento gubernamental, o sin éste, de las mismas en Colombia, Ecuador, Chile o Brasil, y el establecimiento de redes en la materia, como en Colombia.

Entre los instrumentos más destacables, podemos mencionar el denominado proceso de «intercambio de deuda por naturaleza», mediante el cual una organización ambiental adquiere una cantidad de la deuda exterior de un país

dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales. Un reto para la protección efectiva del medio natural, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 409-463; las referencias en pp. 412-419.

(21) BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., pp. 83-97.

a cambio de que éste se comprometa a preservar una parte de su territorio que tiene determinados valores naturales (siendo el primer caso el acordado en 1987 entre la organización americana *Conservation International* y Bolivia).

Además se utilizan otros instrumentos, como reservas privadas, servidumbres, proyectos de desarrollo limitado o concesiones de conservación de tierras públicas, entre otros.

3. Las previsiones de la normativa de la Unión Europea

El uso de instrumentos de mercado es habitual en el ámbito de la Unión Europea, pues en muchos sectores no impone normativamente nada para avanzar en su Política de Medio Ambiente, sino que fomenta o propicia el uso de algunos instrumentos voluntarios por parte de las empresas y de otros agentes (p. ej., auditorías ambientales o etiquetas ecológicas, o acuerdos voluntarios) (22).

Naturalmente, esto no es ninguna novedad ya que los Tratados Europeos, actuales y anteriores, reflejan el modelo socio-económico de los Estados democráticos: reconocimiento y respeto de la iniciativa privada (derecho de propiedad privada y libertad de empresa) en el marco de la previsión de la intervención pública en la sociedad.

Entre los Programas Ambientales, el V PAM (1993-2000) afirmó el principio de corresponsabilidad o de responsabilidad compartida en materia ambiental, incluyendo la participación de los ciudadanos en las acciones ambientales. Por su parte, el VI PAM (2001-02 a 2010) incluye en su nueva estrategia medioambiental, como uno de sus ejes, la necesidad de colaborar con el mercado en esta materia (mediante instrumentos como la publicación de los resultados ambientales de las empresas, los sistemas de recompensas para las empresas respetuosas con el medio ambiente, el fomento de acuerdo voluntarios o la política integrada de productos, entre otros).

En esta línea, debe resaltarse el Libro Verde de la Comisión sobre «La utilización de Instrumentos de mercado en la Política de Medio Ambiente y otras Políticas relacionadas» [COM (2007) 140 final, Bruselas, 28.3.2007], que parte de señalar que «*sin la intervención pública y el decidido compromiso de todos los actores, no podrán alcanzarse estos ambiciosos objetivos*», pero también reafirma el uso cada vez mayor, por la Unión, de instrumentos económicos o basados en el mercado, recordando que su uso está previsto en el VI PAM, la Estrategia de Desarrollo Sostenible de la UE de 2006 y en la propia Estrategia de Lisboa de 2000, si bien reconoce que tales instrumentos

(22) PALLARÉS SERRANO, A., «El recurso a la custodia del territorio y a los acuerdos voluntarios en el ámbito del patrimonio natural y la biodiversidad», en *Revista catalana de Derecho Público*, nº 41/2010, pp. 217-246.

no son la panacea para todos los problemas ambientales; y seguidamente el Libro repasa algunos de estos instrumentos y las ventajas de algunos.

En el marco de la preparación del VII PAM (23), el Consejo de Medio Ambiente, de 20 de diciembre de 2010, aprobó unas conclusiones sobre «Mejora de los Instrumentos de la Política Medioambiental», en las que, como uno de los objetivos del futuro PAM y de la propia Política Ambiental, se afirma la necesidad de implicar a todos los interesados en esta materia, destacando la sociedad civil y el sector privado. Asimismo, en esta misma línea, las Conclusiones del Consejo de Medio Ambiente de 11 de junio de 2007 reiteran el uso con normalidad de estos instrumentos.

Finalmente, mediante la Decisión n° 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, se aprobó el Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta» (DOUE L 354, 28.12.2013) (24), que, entre sus objetivos prioritarios, integra el n° 6, relativo a asegurar inversiones para la Política de Clima y Medio Ambiente, en el que se prevé la participación del sector privado, mencionando diversos instrumentos de mercado, y prevé su intensificación.

Más concretamente, en materia de espacios naturales precisamente, la importante Directiva de Hábitats de 21 de mayo de 1992 establece en su art. 6 la obligación, respecto de las zonas especiales de protección, que los Estados Miembros fijen las medidas de conservación necesarias que impliquen en su caso adecuados planes de gestión, específicos para los lugares o integrados en otros planes de desarrollo, y las apropiadas medidas reglamentarias, administrativas o contractuales, que respondan a los hábitats y las especies de los Anexos I y II presentes en tales lugares.

Por otra parte, en el ámbito del Consejo de Europa, debe citarse la Recomendación 71 (1998), de 4 de diciembre, relativa a las líneas maestras para la protección y gestión de los hábitats mediante sistemas privados o voluntarios.

(23) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Nueva etapa en la Política Ambiental de la Unión Europea: el Séptimo Programa (2013-2020)», en *Actualidad Administrativa*, n° 3/2013, pp. 374-387; «El Séptimo Programa Ambiental de la Unión Europea, 2013-2020», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 41-42/2013, pp. 71-121, y «Unión Europea: la propuesta del Séptimo Programa Medioambiental», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.), y otros, *Observatorio de Políticas Ambientales 2013*, Ed. Fundación Ecología y Desarrollo (ECODES)-Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente-Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 83-113.

(24) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El VII Programa Ambiental de la Unión Europea (2013-2020), publicado el 28 de diciembre de 2013: una nueva visión medioambiental del futuro», en *La Ley-Unión Europea*, n° 12/2014, pp. 32-45.

4. Los antecedentes de la custodia del territorio en el Derecho Español: las iniciales previsiones de la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres de 1989 y otras previsiones

En España (25), las primeras experiencias de custodia del territorio se producen en los años setenta del siglo XX; en concreto, se pueden citar el Refugio de Caza de aves rapaces de Montejo de Segovia, iniciado por Félix RODRÍGUEZ DE LA FUENTE y *World Wildlife Fund* (WWF)-ADENA, que fue protegido mediante un convenio con el Municipio firmado en noviembre de 1974, mediante el que se cedió su gestión a WWF, e inaugurado el 13 de enero de 1975; los arrendamientos de tierras con valor ornitológico a propietarios privados por algunas personas, en Extremadura, en 1977, y que acabarían fundando entre 1978 y 1979 la Asociación de Defensa de la Naturaleza de Extremadura (ADENEX), y el proceso similar llevado a cabo en Mallorca, en 1980, en la finca La Trapa, en la Sierra de Tramuntana (GOB-Mallorca).

Pero de mucha mayor importancia es la previsión de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (BOE del 28), cuya Disp. Ad. 6ª preveía que el Estado pudiera conceder ayudas económicas a asociaciones sin ánimo de lucro cuyo fin principal fuera la conservación de la naturaleza, precisamente para la adquisición de terrenos o el establecimiento en ellos de derechos reales que contribuyeran a conseguir los objetivos de la propia ley; y asimismo se preveían ayudas para los titulares de terrenos o derechos reales para la realización de programas de conservación, de recuperación, de manejo de especies o conservación y protección de hábitats.

Además, en esta misma época, algunas leyes autonómicas sobre espacios naturales, como la Ley de la Comunidad catalana de 1985, al prever que los propios propietarios de los terrenos puedan promover la creación de parques y reservas naturales, y la Ley andaluza de 1989, con las reservas naturales concertadas, prevén iniciativas e instrumentos de custodia del territorio (26); a las que seguirán muchas otras posteriormente, como entre otras la creación en Galicia de los espacios privados de interés natural en 2001, la Ley de Cantabria de 2006, que recoge los acuerdos de conservación de los espacios protegidos, las áreas

(25) ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., «La custodia del territorio como instrumento complementario para la protección de espacios naturales», *op. cit.*, pp. 4-7; BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, *op. cit.*, pp. 28-30; ORIHUELA ORELLANA, M., y BLANCO TORRES, R., *La Custodia del Territorio en Andalucía. Manual de ayuda*, *op. cit.*, pp. 15-24.

(26) En general, ver ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO AGRARIO-VARIOS AUTORES, «Derecho Agrario Autonómico» (III Congreso Internacional de Derecho Agrario, Oviedo, 27 y 28 de septiembre de 1991), Ed. Universidad de Oviedo (área de Derecho Civil), Oviedo, 1991.

privadas de interés ecológico creadas en Extremadura en 2006, la creación en Castilla y León de las microreservas de flora, con convenios de gestión con los propietarios, en 2007 y de nuevo la Comunidad andaluza en 2008 (27).

Seguidamente, será la Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Sostenible de la Diversidad Biológica, aprobada por el entonces Ministerio de Medio Ambiente (creado en el primer Gobierno del Presidente AZNAR, en 1996), en diciembre de 1998, la que aluda directamente al importante papel que el sector privado y la sociedad desempeñan para sus fines; y concretamente entre sus medidas propugnó iniciativas privadas de conservación y convenios entre las Administraciones Públicas y entes privados para la gestión de espacios privados.

Desde el punto de vista asociativo, en este ámbito, debemos resaltar la denominada «Declaración de Montesquiu» (castillo cercano a Vic, en la provincia de Barcelona), de noviembre de 2000, en la que varias asociaciones e instituciones de las Comunidades catalana y de las Islas Baleares formalizaron el concepto y el movimiento a favor de la custodia del territorio. Además, y fruto de la anterior, en marzo de 2003, se creará la Red de Custodia del Territorio catalana, y posteriormente se fundarán algunas más en España.

Asimismo, también deben mencionarse las Jornadas Estatales de Custodia del territorio, que constituyen el principal foro de debate en la materia; y que se vienen celebrando desde 2004, y la creación de la Plataforma Estatal de Custodia del Territorio, por la Fundación Biodiversidad (del entonces Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino) (28).

Finalmente, también debe citarse como antecedente el Plan Forestal Español, aprobado por el Consejo de Ministros en julio de 2002, que propone la corresponsabilidad de la sociedad en la conservación y la creación de un nuevo estatuto de los montes de titularidad privada, con la finalidad de que sean los propios titulares de los terrenos quienes desarrollen sus iniciativas.

5. Instrumentos similares

Aunque, como hemos visto, la Custodia del Territorio formalmente se enmarca en el ámbito de la conservación de espacios naturales, tanto por su

(27) BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., pp. 37-44.

(28) PLATAFORMA DE CUSTODIA DEL TERRITORIO (Fundación Biodiversidad): <http://www.custodia-territorio.es/>

Sobre las iniciativas de custodia, ver PLATAFORMA DE CUSTODIA DEL TERRITORIO-CORDÓN GÓMEZ, M., y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A., *Informe del 2º Inventario de Iniciativas de Custodia del Territorio*, Fundación Biodiversidad, Madrid, 2010: http://www.custodia-territorio.es/sites/default/files/Informe%20Inventario%20PCT%20FINA_LogoFEADER.pdf.

origen como porque su regulación más depurada se encuentra en ese ámbito, debe señalarse que esta filosofía es visible asimismo en la legislación de montes y en la relativa al desarrollo sostenible del mundo rural.

A) Los Contratos Territoriales de Zona Rural de la Ley para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural de 2007. Régimen jurídico

Previamente al análisis del Derecho español, debemos mencionar el ejemplo de Francia, cuya Ley de Orientación Agrícola (Ley 99-574, de 9 de julio de 1999), en su art. 4, crea el llamado Contrato Territorial de Explotación, cuyo objeto es encauzar al agricultor en materia ambiental, para luchar contra la erosión y preservar la calidad del suelo, las aguas, y la naturaleza y el paisaje. Posteriormente, este contrato ha sido sustituido por el ahora denominado Contrato de Agricultura Sostenible, creado por Decreto 2003-675 de 22 de julio de 2003, que en este ámbito integra a agricultores y a asociaciones que trabajen en poner en valor las explotaciones agrarias.

En España, podemos mencionar, en la Comunidad de Navarra, el Decreto Foral 360/2004, de 22 de noviembre (BON del 20 de diciembre), por el que se declaran paisaje protegido los Montes de Valdorba (Navarra), y que crea los Contratos Ambientales para la Sostenibilidad de las Explotaciones, de carácter voluntario, con el objeto de apoyar las actividades agrícolas, ganaderas y forestales sostenibles que puedan colaborar al mantenimiento de la diversidad biológica de este espacio y sin las cuales la supervivencia de algunos de los elementos naturales señalados no está garantizada.

A nivel nacional, y fruto de la creciente importancia del mundo rural (29), las nuevas tendencias sobre la sostenibilidad y la incidencia de las Políticas de la Unión Europea, especialmente la Política Agrícola Común, y de otros países, se aprobó la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural (BOE del 14), complementada por la Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior (BOE del 14).

De acuerdo con lo anterior, el objeto de la LDSMR es favorecer el desarrollo sostenible del medio rural. Y en este sentido se orientan los objetivos de la propia Ley y de las Administraciones Públicas (art. 2).

Uno de los instrumentos más importantes regulado por esta Ley es el Programa de Desarrollo Rural Sostenible (arts. 4 a 33), que lo configura como el

(29) SANCHO COMINS, J., MARTÍNEZ VEGA, J, y MARTÍN LOU, M^o. A. (Ed.), y otros, *Necesidad de un marco jurídico para el desarrollo rural en España*, Ed. CSIC, Madrid, 2002, y, más en general, VARIOS AUTORES, *Promoción del desarrollo rural*, Ed. Consejería de Agricultura y Ganadería (Junta de Castilla y León)-IBERDROLA, Salamanca, 1998.

principal instrumento para la planificación de la acción de la Administración General del Estado en relación con el mundo rural, y que, elaborado en coordinación con las Comunidades Autónomas, concretará los objetivos, planes y actuaciones sectoriales a desarrollar por la Administración General del Estado y los que sean concertados con las Comunidades Autónomas.

Concretamente, las determinaciones del Programa (art. 6) son:

- *los objetivos a conseguir, de entre los previstos, y los planes y actuaciones a realizar por la Administración competente, durante el período previsto;

- *los tipos de zonas rurales a las que sean de aplicación las medidas;

- *las condiciones que deberán reunir, en su caso, los beneficiarios de las medidas, y

- *los criterios e instrumentos de financiación y presupuesto previstos para su ejecución y los indicadores adecuados para su evaluación.

Entre las acciones generales para el desarrollo rural sostenible (art. 16) subrayamos las siguientes:

- *la atención preferente a los profesionales de la agricultura, y prioritariamente a quienes sea titulares de una explotación territorial;

- *la aplicación de las medidas de ayuda en esta materia de la Unión Europea con carácter prioritario a los titulares de explotaciones territoriales, incluyendo a los de las explotaciones calificadas como ecológicas; y

- *para contribuir a los fines mencionados en el punto anterior, se prevé que se regulará y fomentará los Contratos Territoriales de Zona Rural, que son los instrumentos que establecen los compromisos a suscribir entre las Administraciones Públicas y los titulares de las explotaciones agrarias que orientan e incentivan su actividad en beneficio del desarrollo sostenible del medio rural; teniendo los mismos carácter obligatorio para beneficiarse de las prioridades señaladas, y debiendo ser desarrollados reglamentariamente.

Por otra parte, el art. 21-LDSMR prevé que el Programa incluya medidas de conservación de la naturaleza y de gestión de los espacios naturales.

Finalmente, la LDSMR regula el marco de la financiación de las medidas previstas (arts. 34 y ss.).

El primer Programa de Desarrollo Rural Sostenible para el período 2010-2014 se ha aprobado por Real Decreto 752/2010, de 4 de junio (BOE del 11), que prevé esos Contratos como una de las acciones que las Comunidades Autónomas pueden incluir en sus Planes de Zona Rural para canalizar las ayudas cofinanciadas por el Estado.

De acuerdo con la LDSMR, los Contratos Territoriales como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural se ha regulado mediante

Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre (BOE del 4), que establece su régimen jurídico (30).

Inicialmente, podemos señalar que los Contratos Territoriales (art. 16-LDSMR y arts. 1, 2 y 8 del Real Decreto) son instrumentos económicos, formalizados jurídicamente, de carácter general, aplicables para organizar ayudas públicas, pero no sólo de desarrollo rural, a las explotaciones agrarias, forestales o cinegéticas para conseguir fines de interés general, vinculados al ámbito de la sostenibilidad. Formalmente, son los instrumentos que establecen los compromisos a suscribir entre las Administraciones Públicas y los titulares de las explotaciones agrarias para orientar e incentivar su actividad en beneficio del desarrollo sostenible del medio rural.

Se pueden distinguir dos tipos de contratos:

*los *Contratos Territoriales*, que celebran las Administraciones Públicas con los titulares de explotaciones agrarias, montes o terrenos forestales o cinegéticos, o agrupaciones de los anteriores, como instrumento de apoyo al desarrollo rural sostenible; y que, a criterio de la Comunidad Autónoma, podrán ser de carácter individual, cuando sus finalidades específicas y los compromisos y contraprestaciones aplicables se determinen caso por caso según la situación y potencialidades de cada explotación, o bien establecerse por tipos homogéneos cuando persigan unas mismas finalidades específicas, estén dirigidos a explotaciones agrarias que compartan la misma tipología, zona rural u otras circunstancias, o tengan la misma financiación o normativa específica de regulación; y además se prevé que los contratos de un mismo tipo tengan contenidos comunes (arts. 2 y 5-RD), y

*los *Contratos Territoriales de Zona Rural*, que celebran las Administraciones Públicas y los titulares de explotaciones agrarias de las zonas rurales, y se enmarcan en el Programa de Desarrollo Rural Sostenible aprobado por el Gobierno de la Nación en aplicación de la LDSMR, y tienen por ámbito territorial específico las zonas rurales incluidas en dicho Programa a iniciativa de las Comunidades Autónomas, también para el desarrollo sostenible del medio rural; y se rigen por las disposiciones sobre los Contratos Territoriales y por las disposiciones específicas de los mismos (arts. 16-LDSMR y 10 a 12-RD).

El contrato es, pues, un instrumento formal que establece los compromisos entre una Administración Pública y el titular de una explotación agraria (defini-

(30) ARROYO YANES, L. M., «El desarrollo sostenible del medio rural: los contratos territoriales de explotación agraria», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 4/2008, pp. 213-231, y LOZANO CUTANDA, B., «Los contratos territoriales: una fórmula de financiación de actividades agrarias con gran potencial de futuro», en *Diario La Ley*, nº 7760, 22 de diciembre de 2011, pp. 13-14.

dos en el art. 5.RD, como hemos visto) para orientar su actividad en beneficio del desarrollo sostenible de medio rural.

El rasgo principal de los contratos es su carácter voluntario, tanto para las Comunidades Autónomas que opten por ponerlos en práctica, como para los titulares de las explotaciones agrarias (art. 2-RD). Cuando las contraprestaciones incluidas en los contratos territoriales tengan la naturaleza de una subvención, las bases reguladoras de los mismos también incorporarán los elementos requeridos por la normativa estatal básica para dicha materia (art. 8-2º-RD).

Las finalidades de estos contratos son (art. 3-RD):

*finalidad general: orientar la actividad de las explotaciones agrarias hacia la generación de externalidades positivas que contribuyan al desarrollo sostenible del medio rural; considerándose como tales los efectos derivados de la actividad que se realiza en una explotación agraria y que repercuten favorablemente sobre bienes o fines de carácter público, al margen del interés o beneficio que pueda suponer para la propia explotación, contribuyendo a mejorar significativamente los aspectos económico, social que describen la sostenibilidad del territorio;

*finalidades específicas:

- evitar la despoblación del medio rural;
- implantar una actividad agraria multifuncional que contribuya, con interés estratégico para el territorio, a la vertebración y reforzamiento de la cadena de producción, transformación y comercialización de bienes o servicios, pudiendo repercutir asimismo en la mejora de la calidad, la consolidación de mercados locales, la formación, la reducción de insumos, o la mejora en la gestión de los residuos, subproductos y emisiones;
- crear y conservar el empleo en el medio rural, reduciendo su temporalidad, y fomentando su calidad y seguridad, la igualdad en el empleo, la conciliación de la vida laboral y familiar, la fijación al territorio de mujeres y jóvenes, y la integración en la vida laboral de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión;
- mantener sistemas agrarios tradicionales de alto valor natural o cultural que en la coyuntura actual tienden al abandono;
- conservar y restaurar la calidad ambiental, el suelo, el agua, el patrimonio natural y la biodiversidad autóctona silvestre, la diversidad genética agraria de base territorial, el paisaje rural y el patrimonio cultural;
- contribuir a la consecución de los objetivos de conservación de los espacios de la Red Natura 2000 u otros espacios o áreas protegidas;

- contribuir a la consecución de objetivos específicos de desarrollo rural sostenible expresamente contemplados en los Planes de Zona Rural que desarrollan el Programa de Desarrollo Rural Sostenible, o en las Directrices Estratégicas Territoriales de Ordenación Rural, y
- propiciar el reconocimiento por la sociedad de las externalidades positivas generadas por las actividades agrarias.

En la definición del contenido del contrato territorial, las Comunidades Autónomas considerarán, al menos, los siguientes elementos:

- su código autonómico de registro, con identificación en su caso del tipo de contrato territorial;
- la Administración Pública suscriptora;
- la identificación del titular o titulares beneficiarios;
- la identificación territorial, incluida la referencia catastral, de la totalidad o de la parte de la explotación acogida, su superficie, total y por usos del suelo (según clasificación compatible con SIOSE-Sistema de Información de Ocupación del Suelo en España y Eurostat);
- las finalidades específicas del contrato;
- su duración;
- los compromisos a cumplir en la explotación agraria por el beneficiario;
- las contraprestaciones que la Administración suscriptora se compromete a otorgar al beneficiario;
- las líneas de financiación y en su caso la norma o normas reguladoras del contrato;
- las modalidades de control, seguimiento y evaluación, y la minoración o pérdida de las contraprestaciones en función del grado de incumplimiento de los compromisos;
- las incompatibilidades;
- el régimen de prórrogas, modificaciones, subrogaciones, resolución y extinción, y
- el régimen jurídico del contrato, y cuando proceda la jurisdicción o arbitraje al que en caso de conflicto se someten las partes.

En cuanto a los beneficiarios de los contratos, podrán suscribir contratos territoriales (art. 5-RD):

- los titulares de las explotaciones agrarias a que se refiere el artículo 2 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, incluidas las personas físicas que ostenten la titula-

ridad compartida, siempre que actúen solidariamente y se encuentren inscritas en el registro autonómico correspondiente;

- los titulares de la gestión y aprovechamiento de montes o terrenos forestales;
- los titulares de terrenos cinegéticos, y
- las agrupaciones y asociaciones de titulares, las comunidades de bienes y cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado de los tipos anteriores que puedan llevar a cabo los compromisos del contrato; siendo necesario que, cuando carezcan de personalidad jurídica, tanto en su solicitud como en la formalización del contrato territorial que se especifiquen los compromisos adquiridos por cada miembro de la agrupación, así como la contraprestación de la Administración que a cada uno corresponda, y su respuesta individual o solidaria en caso de incumplimiento.

Para poder suscribir contratos territoriales, los interesados han de solicitarlo previamente en la forma prevista en las convocatorias o procedimientos que las Comunidades Autónomas realicen al efecto y, en su caso, acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en las correspondientes bases o normas reguladoras.

Y asimismo, se prevé que quienes se encuentren inhabilitados en firme para recibir subvenciones de las Administraciones Públicas no podrán suscribir contratos territoriales, y si tal inhabilitación se produce durante la vigencia del contrato, éste pasará a considerarse nulo desde el momento de la inhabilitación a todos los efectos, con pérdida desde dicho momento del derecho a percibir las contraprestaciones pactadas.

En relación con los compromisos del beneficiario de estos contratos y a las contraprestaciones de la Administración (arts. 6 y 7-RD), se establece que los compromisos del beneficiario serán coherentes con las finalidades específicas asignadas al contrato territorial, se referirán a las actividades a realizar en la explotación agraria acogida, y estarán adaptados a las características y potencialidades individuales de la explotación. No obstante, previamente a la suscripción del contrato territorial, y especialmente en los de carácter individual, la Administración competente podrá realizar, o bien requerir al titular para que lo aporte con su solicitud, un diagnóstico de la situación de la explotación y de su capacidad para generar externalidades positivas que permita la asignación de finalidades específicas y la definición de los compromisos y las contraprestaciones aplicables al caso.

El contrato territorial reflejará los compromisos a cumplir por el beneficiario, expresados de forma determinada y concreta en sus aspectos cualitativos y cuantitativos, de manera que su contenido resulte comprensible e inequí-

voco para el titular, y su cumplimiento resulte objetivamente verificable por la Administración responsable del control; pero, los contratos territoriales que se suscriban afectando en todo o en parte a espacios de la Red Natura 2000 u otros espacios o áreas protegidas contendrán compromisos conformes con su instrumento de gestión y apropiados al logro de los objetivos de conservación que dichos espacios tengan establecidos.

La suscripción y cumplimiento de los compromisos del contrato dará derecho al beneficiario a percibir las contraprestaciones determinadas en el mismo, así como a beneficiarse de las preferencias y prioridades que legalmente le sean aplicables. Preferencias y prioridades que se establecen en el art. 7-RD, precisando que las Comunidades Autónomas determinarán en sus bases o normas reguladoras de los contratos territoriales los regímenes de prioridad para su suscripción en función del tipo de beneficiario, y en su caso los niveles de incentivo aplicables; para cuyo establecimiento, las Comunidades Autónomas tendrán en cuenta al menos a

- los titulares de explotaciones prioritarias de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 1995;
- las personas con la condición de agricultor profesional definida en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias citada, y las personas con la condición de profesional de la agricultura definidos en la LDSMR, según lo precisado en la misma, o bien de explotaciones calificadas y registradas como ecológicas o de explotaciones incluidas en espacios de la Red Natura 2000;
- las mujeres, y las personas titulares o cotitulares que tengan la condición de jóvenes agricultores según la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias citada;
- las cooperativas, sociedades agrarias de transformación, y empresas agrarias de economía social, y
- las explotaciones en régimen de titularidad compartida.

Estas contraprestaciones que la Administración suscriptor se comprometa a otorgar al beneficiario del contrato serán adecuadas para compensar los efectos negativos sobre la economía de la explotación que se deriven del cumplimiento de los compromisos adoptados, pudiendo añadir, a criterio de la Administración señalada, un incentivo para estimular la implantación de los contratos en el territorio y facilitar el logro de sus finalidades específicas; un diferencial en dicho incentivo en función de la priorización por tipos de beneficiarios que realice la comunidad autónoma según el artículo siguiente y una componente para la remuneración de las externalidades positivas generadas. Las referidas contraprestaciones podrán ser de naturaleza económica, o bien a criterio de la Administración suscriptor podrán otorgarse en especie mediante

la realización por dicha Administración en beneficio de la explotación de inversiones materiales o inmateriales, entrega de bienes, o prestación de servicios o asistencia técnica. Asimismo, según el mismo criterio de la Administración competente, podrán emplearse con el mismo fin exenciones y bonificaciones fiscales, o cualquier otro tipo de beneficio o prioridad que esté legalmente establecido al efecto.

El componente de subvención de esta contraprestación radica en el plus que supone respecto de los efectos negativos sobre la economía de la explotación derivados del cumplimiento de los compromisos aceptados, y que decide la Administración correspondiente; ya que, cuando las contraprestaciones incluidas en los contratos tengan la naturaleza de una subvención, las bases reguladoras también incorporarán los elementos requeridos por la normativa estatal básica para dicha materia (art. 8-2º-RD).

Por otra parte, la duración del contrato territorial deberá ser apropiada a la consecución de las finalidades específicas que en cada caso tenga establecidos; pero, cuando su cumplimiento requiera la adopción de compromisos plurianuales a medio o largo plazo, se procurará su establecimiento por el mayor período de vigencia que resulte compatible con la normativa y programación presupuestarias, y en su caso con la normativa específica de su marco de financiación.

En cuanto al procedimiento para la suscripción de estos contratos, se prevé (arts. 8, 6 y 4-RD) que las Comunidades Autónomas aprobarán las correspondientes bases o normas reguladoras, y en su caso realizarán y resolverán las oportunas convocatorias. Dichas bases o normas reguladoras serán publicadas en el Diario oficial de la Comunidad Autónoma, y contendrán al menos las finalidades perseguidas; el ámbito territorial y el tipo de explotaciones agrarias al que los contratos van dirigidos; los requisitos que han de reunir los beneficiarios; los criterios objetivos y el procedimiento para la selección de los beneficiarios y la suscripción del contrato; la naturaleza de los compromisos a adoptar por el titular de la explotación, y los criterios para su determinación en cada explotación; la naturaleza de las contraprestaciones a otorgar al beneficiario, y los criterios para su determinación; el sistema de verificación y control del cumplimiento de los compromisos, y el régimen aplicable en caso de su incumplimiento; el régimen de incompatibilidades, y el régimen de prórrogas, modificación, subrogación, resolución y extinción de los contratos.

Además, el art. 9-RD prevé la elaboración por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de un Informe Anual Nacional del estado de aplicación del Contrato Territorial, con información que han de remitir las Comunidades Autónomas.

Por otra parte, el Real Decreto citado regula los Contratos Territoriales de Zona Rural en sus arts. 10 a 12, de acuerdo con lo previsto en el art.

16-2º-LDSMR; considerándose los mismos como contratos territoriales que se enmarcan en el Programa de Desarrollo Rural Sostenible aprobado por el Gobierno de la Nación en aplicación de dicha Ley, y tienen por ámbito territorial específico las zonas rurales incluidas en dicho Programa a iniciativa de las Comunidades Autónomas.

El régimen aplicable a dichos contratos es el aplicable a los Contratos Territoriales ya señalado, así como las disposiciones específicas previstas para los mismos; no siendo posible considerar como tales a aquellos que no cumplan tales disposiciones.

Los Contratos Territoriales de Zona Rural han de ser específicos para cada zona, en función de sus peculiares características y de las orientaciones que puedan darse a sus explotaciones para reforzar la sostenibilidad del territorio, especialmente en lo que se refiere a sus aspectos ambientales y sociales. Su contenido será conforme con las disposiciones aplicables contenidas en el Programa de Desarrollo Rural Sostenible, así como a las determinaciones de las Directrices Estratégicas Territoriales de Ordenación Rural de la Comunidad Autónoma, en caso de que existan, y sus principales finalidades y compromisos deben encontrarse previstos en los Planes de Zona Rural aprobados por las Comunidades Autónomas que hayan sido concertados entre éstas y la Administración General del Estado. Sus compromisos han de ser diferentes y encontrarse perfectamente delimitados de otros compromisos que ya pudieran estar contemplados y financiados por Fondos Comunitarios. Los mismos serán financiados al 50% por la Administración General del Estado, de conformidad con el Convenio de colaboración suscrito con cada Comunidad Autónoma, y dentro de los límites presupuestarios señalados en el mismo. Finalmente, se prevé que la suscripción de Contratos Territoriales de Zona Rural sea requisito necesario para que los titulares de las explotaciones agrarias puedan beneficiarse de las preferencias y prioridades establecidas en el artículo 16.1º-LDSMR.

B) Las previsiones de la Ley de Montes de 2003

Otro ejemplo similar es el previsto en la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (BOE del 22) (31), modificada posteriormente, y sobre la que debe tenerse en cuenta la STC 49/2013, de 28 de febrero de 2013.

La Ley de Montes tiene por objeto garantizar la conservación y protección de los montes españoles, promoviendo su restauración, mejora, sostenibilidad

(31) SARASÍBAR IRIARTE, M., *El Derecho Forestal ante el cambio climático: las funciones ambientales de los bosques*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (navarra), 2007, y «Montes y medio ambiente», en LÓPEZ RAMÓN, F., y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (Coords.), y otros, *Bienes Públicos, Urbanismo y Medio Ambiente*, Ed. M. Pons, Madrid, 2013, pp. 461-481.

y aprovechamiento racional, apoyándose en la solidaridad colectiva y la cohesión territorial (art. 1).

Los montes, según el art. 4-LM, independientemente de su titularidad, desempeñan una función social relevante, tanto como fuente de recursos naturales como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales, entre ellos, de protección del suelo y del ciclo hidrológico; de fijación del carbono atmosférico; de depósito de la diversidad biológica y como elementos fundamentales del paisaje. El reconocimiento de estos recursos y externalidades, de los que toda la sociedad se beneficia, obliga a las Administraciones públicas a velar en todos los casos por su conservación, protección, restauración, mejora y ordenado aprovechamiento.

La Ley de Montes, por otra parte, distingue (arts. 11 y ss.) los montes públicos y los montes privados, por razón de su titularidad.

Precisamente, los montes privados son aquellos que pertenecen a personas físicas o jurídicas de Derecho privado, ya sea individualmente o en régimen de copropiedad. El régimen de estos montes se regula en los arts. 22 y 23-LM, previendo que los mismos se gestionan por sus titulares, pero los mismos pueden contratar su gestión con personas físicas o jurídicas de Derecho público o privado o con los órganos forestales de las Comunidades Autónomas correspondientes; debiendo ajustarse su gestión en todo caso al oportuno instrumento de gestión o planificación forestal, supervisando su aplicación el órgano forestal de la Comunidad Autónoma competente.

Además, en materia de planificación forestal (arts. 29 y ss.-LM), se prevén, junto a la Estrategia Forestal Española y al Plan Forestal Español, los Planes de Ordenación de los Recursos Forestales, a elaborar por las Comunidades Autónomas. Entre los elementos que pueden incluirse en los mismos, se establecen el establecimiento del marco en el que podrán suscribirse acuerdos, convenios y contratos entre la Administración Pública y los propietarios para la gestión de los montes (art. 31-6º, g-LM).

Finalmente, los arts. 63 a 66-LM establecen ciertos incentivos económicos en los montes ordenados, incluyendo subvenciones e incentivos por las externalidades ambientales de estos montes ordenados (teniéndose en cuenta factores como la conservación, restauración y mejora de la biodiversidad; la fijación de dióxido de carbono, la conservación de suelos, etc.). Estos incentivos pueden ser aportados por la Administración Pública a través de subvenciones a los propietarios, establecimiento de una relación contractual con el mismo propietario o la inversión directa por la propia Administración. Así, puede verse en la Orden ARM/1935/2009, de 8 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas a entidades y organizaciones no gubernamentales de ámbito estatal para la realización de actividades privadas relacionadas con los principios inspiradores de la Ley 42/2007,

de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y con las finalidades de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (BOE del 20).

6. El régimen jurídico vigente de la custodia del territorio en la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad de 2007

A) Las previsiones normativas

Tal como hemos señalado más atrás, la regulación más directa y concreta de la Custodia del territorio en el Derecho Español actual se incluye en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (BOE del 14), modificada por última vez en 2013.

De acuerdo con la importancia de esta materia, la Ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, como parte del deber de conservar y del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, establecido en el artículo 45.2 de la Constitución (art. 1-LPNB).

De manera similar a la Ley de Montes, el art. 4-LPNB reconoce la función social y pública del patrimonio natural y de la biodiversidad, precisando que ambos desempeñan una función social relevante por su estrecha vinculación con el desarrollo, la salud y el bienestar de las personas y por su aportación al desarrollo social y económico. Pero, en este marco, es sintomático que su Apartado 3º señale que *«[e]n la planificación y gestión de los espacios naturales protegidos y las especies amenazadas se fomentarán los acuerdos voluntarios con propietarios y usuarios de los recursos naturales»*.

Sobre esta base, de forma normal ordinaria, la LPNB recoge, según veremos, el concepto de la Custodia del Territorio, y su régimen (aunque no completo), como uno de los instrumentos que puede contribuir a los objetivos generales de la propia Ley, y ello sin perjuicio de reafirmar las funciones públicas en la materia y precisar las competencias de las distintas Administraciones Públicas (arts. 5 a 8).

Además, naturalmente la Custodia del Territorio se incluye en el Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, 2011-2017, aprobado por Real Decreto 1274/2011, de 16 de septiembre (BOE del 30); concretamente, en su objetivo 5.1, como veremos más adelante.

B) El concepto de Custodia del Territorio

La Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad define la Custodia del Territorio como el *«conjunto de estrategias o técnicas jurídicas a través de*

las cuales se implican a los propietarios y usuarios del territorio en la conservación y uso de los valores y los recursos naturales, culturales y paisajísticos» (art. 3-9º) (32). Definición que, olvidando mencionar el carácter voluntario de su participación, que es su rasgo más característico, se nutre de las corrientes del ámbito privado, si bien tiene un perfil genérico y global a la misma, dándole también un marcado carácter dinámico y flexible que permite integrar en la misma a un gran número de técnicas y estrategias adaptadas a los casos concretos (en relación con el territorio, la realidad física, las características socioeconómicas de la zona, etc.).

Se constituye pues como una herramienta complementaria de gestión (nunca sustitutiva de los instrumentos administrativos de protección del espacio) que promueve la actuación de los propietarios y usuarios de los terrenos afectados, favoreciendo el mantenimiento e incluso la mejora de las funciones y procesos ecológicos del territorio, sin que ello suponga una afectación negativa a los beneficios de la explotación.

No obstante, como es bien visible, el concepto manejado no es completo, pues no se menciona su carácter esencialmente voluntario, ni tampoco las Entidades de Custodia del Territorio, que de definen con individualidad propia en el art. 3-37º, ni algunas otras cuestiones que se mencionan en las disposiciones relativas a su régimen de fomento, como los acuerdos de custodia del art. 72-LPNC, según veremos más adelante.

C) Los propietarios de los espacios como sujetos esenciales

En las actuaciones de custodia del territorio participan al menos tres sujetos (33):

*los propietarios de los terrenos y los titulares de otros derechos reales sobre los mismos, que pueden ser personas físicas o jurídicas, públicas o privada, y que detentan la posesión y el uso de la tierra, en cuyas fincas o parcelas se desarrollan los acuerdos de custodia;

(32) En general, ver ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., «La custodia del territorio como instrumento complementario para la protección de espacios naturales», *op. cit.*, pp. 10-20; BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, *op. cit.*, pp. 31-36; ESCARTÍN ESCUDÉ, V., «Custodia del territorio y otras medidas de fomento», *Noticias de la Unión Europea*, n° 307/2010, Monográfico sobre «Patrimonio natural y biodiversidad», pp. 99-107, y PALLARÉS SERRANO, A., «El recurso a la custodia del territorio y a los acuerdos voluntarios en el ámbito del patrimonio natural y la biodiversidad», *Revista Catalana de Derecho Público*, n° 41/2010, pp. 217-246.

(33) BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, «Estudio jurídico sobre la custodia del territorio», *op. cit.*, pp. 139-165; MUÑOZ AMOR, Mº del M., «La custodia del territorio como paradigma de la administración concertada», *op. cit.*, pp. 53-55, y ORIHUELA ORELLANA, M., y BLANCO TORRES, R., *La Custodia del Territorio en Andalucía. Manual de ayuda*, *op. cit.*, pp. 24-29.

*las Entidades de Custodia, que son personas jurídicas, públicas o privadas, que promueven las iniciativas de custodia, participan en los acuerdos o reconocen tales actividades; y

*las Administraciones Públicas, que pueden estar en las situaciones anteriores, al poder ser titulares de los terrenos custodiados y pueden ejercer por tanto como Entidades de Custodia; y además pueden apoyar las iniciativas de custodia y sobre todo tienen un importante papel desde el punto de vista normativo, técnico y económico-financiero, con medidas de fomento específicas.

Además de estos tres sujetos, en la custodia pueden intervenir otros desempeñando funciones de apoyo técnico, financiero, institucional o social, siendo posible que sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.

Entre los actores de la Custodia del Territorio mencionados, resaltan los propietarios o titulares del terreno objeto de custodia, al ser los principales destinatarios de tales acciones, y porque de manera voluntaria (34) asumen compromisos para realizar en sus terrenos actuaciones de gestión sostenible, o colaborar en ellas.

En relación con estos, una de las características más sobresalientes de las actividades de custodia es la voluntariedad de participación en ellas, y en los correspondientes acuerdos de custodia, por parte de los propietarios de los terrenos. Es esencial que, para estos, la custodia de sus fincas deba entenderse no como una imposición sino como una forma de obtener apoyo para compaginar los usos y rendimientos de sus terrenos con la conservación y protección de los valores naturales vinculados en general a las mismas.

Para ello, no cabe duda que los propietarios de las tierras a custodiar deben ver claramente los posibles beneficios derivados de la participación en tales actuaciones, como, entre otros posibles, las posibles ayudas económico-financieras, públicas y privadas, para llevar a cabo las actuaciones de custodia; la conservación, protección y mantenimiento de sus tierras, e incluso su mejora; el apoyo técnico y el asesoramiento en la gestión o en otros ámbitos, o la satisfacción personal y el reconocimiento social (aunque éstas últimas sean de marcado carácter subjetivo, y más bien de poca consideración actualmente) (35).

(34) BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., p.31; GÓMEZ GONZÁLEZ, J. M., «La custodia del territorio como instrumento de implicación social en la conservación del patrimonio natural», en *Ecosostenible* (Grupo Wolters Kluwer), nº 16/2006, 15 págs., la referencia en pp. 4 y 5; ORIHUELA ORELLANA, M., y BLANCO TORRES, R., *La Custodia del Territorio en Andalucía. Manual de ayuda*, op. cit., p. 10, y MUÑOZ AMOR, M^o. del M., «La custodia del territorio como paradigma de la administración concertada», op. cit., pp. 50-62; la referencia en p. 53.

(35) MUÑOZ AMOR, M^o. del M., «La custodia del territorio como paradigma de la administración concertada», op. cit., pp. 55-56.

En principio, propietarios de tierras participantes en acuerdos de custodia pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, privadas o públicas. Aunque la mayor parte del territorio español que puede ser objeto de los mismos es de propiedad privada (36), nada impide que algún Ente Público, como propietario o titular de suelo, participe en ellos, aunque entonces el régimen jurídico será mucho más complejo.

En efecto, si los titulares del terreno afectado son personas privadas, las posibilidades jurídicas de participar en acuerdos de custodia del territorio son muy amplias. Únicamente deben tener capacidad jurídica para obligarse, para consentir y contratar, de acuerdo con el Código Civil, si son personas físicas, y si estamos ante personas jurídicas deberán cumplirse las exigencias del Código de Comercio y de las restantes normas en materia de sociedades. En uno y otro caso, las herramientas jurídicas utilizables son muy variadas, tales como venta, arrendamiento, donación, cesión de uso, permuta, entre otras.

Sin embargo, si la propiedad de los terrenos es de un Ente Público, la cuestión del régimen jurídico aplicable es mucho más compleja, al depender de su naturaleza (Administraciones Públicas, Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales, etc.) y de la propia naturaleza de los bienes concretos, cuyo régimen jurídico será administrativo o permitirá el uso de instrumentos del Derecho privado, más o menos limitativo a la participación de sujetos privados en su uso (en función de si los bienes son de dominio público, teniendo en cuenta su uso común general, su uso común especial o su uso privativo (37), si son bienes patrimoniales o bienes comunales de los Municipios), de acuerdo con el marco establecido por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE del 4), modificada por última vez en 2013. Incluso también se podría habilitar la participación de propietarios de terrenos públicos mediante la firma de convenios *ad hoc* para desarrollar actividades de custodia del territorio o la creación de consorcios, con participación privada.

(36) En general, ORTIZ MIRANDA, D., «Los derechos de propiedad en la regulación ambiental del espacio rural», en *Arbor*, nº 729/2008, pp. 45-55.

(37) TEJEDOR BIELSA, J., «Bienes públicos y medio ambiente», en LÓPEZ RAMÓN, F., y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (Coords.), y otros, *Bienes Públicos, Urbanismo y Medio Ambiente*, Ed. M. Pons, Madrid, 2013, pp. 73-89.

D) La importancia de las Entidades de Custodia del Territorio para el régimen de la misma. La participación de las Administraciones Públicas

El segundo sujeto esencial en las actividades de custodia son las Entidades de Custodia del Territorio (38), al tener un protagonismo destacable en el origen de esta herramienta de conservación (aunque, naturalmente, no con este nombre) y en la actualidad en esas actividades de custodia del territorio, al encarnar en la práctica la filosofía de la custodia, así como por participar activamente en la conservación del territorio.

De acuerdo con el art. 3-37º-LPNB, la Entidad de Custodia del Territorio se define como aquella «organización pública o privada, sin ánimo de lucro, que lleva a cabo iniciativas que incluyan la realización de acuerdos de custodia del territorio para la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad».

A la vista de esta definición, y de que no da preferencia a ninguna, la variedad de organizaciones que pueden actuar como Entidades de Custodia del Territorio es también muy amplia, y naturalmente su régimen será distinto si las constituyen personas, físicas o jurídicas, privadas o Entes Públicos.

En el caso de que las constituyan personas privadas, pueden actuar como tales Entidades asociaciones y fundaciones de todo tipo, comunidades de bienes, etc., creadas de acuerdo con su legislación específica, siendo no obstante muy útil que en los estatutos o documentos fundacionales aparezca esta finalidad entre sus fines sociales o fundacionales, pues, aunque el art. 3-37º citado no es claro en la exigencia de esa mención, no cabe duda que para saber si la entidad de que se trate va a llevar iniciativas de custodia el hecho de que esas actividades se incluyan en sus estatutos o textos fundacionales es un argumento importante y serio en relación con su finalidad.

En cuanto a la actuación de los Entes Públicos como Entidades de Custodia del Territorio, debemos señalar en primer término que no encajan muy bien con el origen claramente privado de la herramienta ni con la exigencia de que la organización sea sin ánimo de lucro (39) (aunque esta exigencia se puede solventar con la idea de que los Entes Públicos actúan siempre al servicio de los intereses generales, y nunca con ánimo de lucro), y que las Administraciones Públicas, principalmente, pero también otros Entes Públicos, disponen de múltiples potestades y medios de todo tipo para conservar zonas

(38) Sobre las mismas, ver BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., pp. 140-149, y MUÑOZ AMOR, M^o. del M., «La custodia del territorio como paradigma de la administración concertada», op. cit., pp. 54-55.

(39) Sobre la participación de empresas en estas actividades, ver CARRERA, S., y PIEXT, J., «Empresas y custodia del territorio. Una alianza de futuro para la conservación de la biodiversidad», en *Ecosostenible* (Grupo Wolters Kluwer), n^o 49/2009, 15 págs.

concretas sin necesidad de acudir a la constitución de Entidades de Custodia del Territorio; así, p. ej., las Administraciones Públicas pueden en todo momento celebrar acuerdos o convenios con propietarios para realizar acciones de conservación de terrenos concretos cuya protección no venga exigida en ninguna norma (40).

Según el Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017, existen en España 130 Entidades de Custodia del Territorio.

No obstante, como veremos más adelante, la importancia de las Administraciones Públicas en esta materia deriva de su esencial papel en el fomento de la custodia del territorio (41).

E) Los acuerdos de custodia: contenido, tipología y formalización

Desde un punto de vista sustantivo, y concreto, las actividades de custodia del territorio se materializan en los Acuerdos de Custodia (42), que, a pesar de su importancia, no los define singularmente la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, sino que los incluye, y como indispensables, en la definición de las Entidades de Custodia del Territorio (en su art. 3-37º, como hemos visto).

Los Acuerdos de Custodia reflejan los compromisos voluntariamente adquiridos por los propietarios del terreno y la o las Entidades de Custodia con la finalidad de realizar actividades de conservación y protección, uso y mantenimiento del mismo, y algunas otras cuestiones complementarias.

La importancia de su carácter voluntario la resalta claramente el Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017, al señalar que *«los acuerdos de custodia suelen ser más eficientes desde un punto de vista financiero que los mecanismos reguladores puesto que, al ser voluntarios, los propios signatarios tienen una mayor predisposición al cumplimiento, lo que reduce los costes de control»*.

(40) Sobre el papel de las Administraciones Públicas, ver ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., *La custodia del territorio como instrumento complementario para la protección de espacios naturales*, op. cit.; BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., pp. 150-157; MUÑOZ AMOR, M.º del M., «La custodia del territorio como paradigma de la administración concertada», op. cit., pp. 54-55; PALLARÉS SERRANO, A., «El recurso a la custodia del territorio y a los acuerdos voluntarios en el ámbito del patrimonio natural y la biodiversidad», op. cit..

(41) Así lo destaca, PALLARÉS SERRANO, A., «El recurso a la custodia del territorio y a los acuerdos voluntarios en el ámbito del patrimonio natural y la biodiversidad», op. cit.

(42) BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., pp. 167-168.

Al tener carácter privado, su formalización por escrito no es necesaria, siendo posible llegar al mismo de manera verbal, aunque naturalmente sí es recomendable, al dar más seguridad jurídica; si bien puede ser exigida esta formalización a los efectos de solicitar, p. ej., apoyo financiero público.

Dado el carácter abierto y libre de estos acuerdos, su tipología es muy variada (43), aunque los más comunes son:

*acuerdos en los que el propietario del terreno mantiene la propiedad y la gestión del mismo, asumiendo los compromisos de conservación pactados con la Entidad de Custodia;

*acuerdos con el propietario del terreno en los que se traspasa la gestión de la finca a la Entidad de Custodia, pero no la propiedad (mediante, p. ej., arrendamiento o cesión de uso), o

*acuerdos/contratos que implican la transmisión de la propiedad de los terrenos a la Entidad de Custodia, mediante, p. ej., venta, donación, etc., y también la gestión de los mismos.

Por la misma razón anterior, la formalización de los Acuerdos de Custodia, si existe, es asimismo muy variada, al depender de las circunstancias concretas (propietarios de los terrenos públicos o privados, Entidades de Custodia privada o pública, etc.). No obstante, con carácter general, deben quedar bien claros en los mismos los datos y condición de quienes los suscriben (propietarios, Entidad de Custodia, etc.), los datos de las fincas, los acuerdos a favor de la conservación y mantenimiento de los valores naturales de los mismos, con las acciones correspondientes, su duración, las consecuencias de los incumplimientos del Acuerdo y la resolución de conflictos; aunque pueden incluirse muchas más cláusulas.

Según el Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017, se han suscrito en España 1336 acuerdos de custodia.

F) Otros mecanismos de custodia

Dada la flexibilidad de la materia, derivada de su carácter voluntario, no todas las actuaciones de custodia han de plasmarse necesariamente en los acuerdos o contratos mencionados, pues algunas acciones y mecanismos pueden utilizarse cuando se estime oportuno o necesario, tales como actividades de sensibilización y formación, campañas educativas o acciones de asesoramiento concreto a los propietarios, o actividades técnicas.

(43) Sobre los instrumentos a utilizar, algunos de los cuales se pueden incluir en los propios acuerdos de custodia, ver BARREIRA LÓPEZ, A. (Dir.), y otros, *Estudio jurídico sobre la custodia del territorio*, op. cit., pp. 166-211.

G) La actividad administrativa de fomento de la custodia del territorio

Las actividades de custodia del territorio, naturalmente, implican costes, siendo pues necesarias fuentes de financiación de las mismas, que también son muy variadas, siendo posible que sean de carácter privado (aportaciones financieras de personas físicas o jurídicas, de las propias Entidades de Custodia, etc.) o público (principalmente medidas de fomento de carácter económico-financiero) (44).

La Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad regula en sus arts. 71 a 74 las medidas de fomento y de financiación de las actividades relacionadas con el objeto de la Ley, mencionando expresamente la ayuda económica a la custodia del territorio (45).

Así, el art. 71 se refiere a las ayudas del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente a entidades sin ánimo de lucro de ámbito nacional para actuaciones que afecten a más de una Comunidad Autónoma y tengan por objeto la conservación del patrimonio natural y de la biodiversidad. Ayudas cuya convocatoria realiza la Orden ARM/1935/2009, de 8 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas a entidades y organizaciones no gubernamentales de ámbito estatal para la realización de actividades privadas relacionadas con los principios inspiradores de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y con las finalidades de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (BOE del 20).

La promoción de la Custodia del Territorio se regula específicamente en el art. 72-LPNB (cuya importancia destaca el Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017), al prever que las Administraciones Públicas fomentarán la custodia del territorio mediante acuerdos entre Entidades de Custodia y propietarios de fincas privadas o públicas que tengan por objetivo principal la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad.

Por otra parte, se establece que la Administración General del Estado, cuando sea titular de terrenos situados en espacios naturales, podrá llevar a cabo el desarrollo de los acuerdos de cesión de su gestión, total o parcial de los mismos a Entidades de Custodia del Territorio; para lo que la selección de estas Entidades se llevará a cabo de acuerdo con los principios de publicidad,

(44) En general, REVISTA ESPAÑOLA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES Y PESQUEROS, n° 228/2001, Monográfico sobre «Pagos por Servicios Ambientales y Desarrollo Económico: perspectivas y retos».

(45) ESCARTÍN ESCUDÉ, V., «Custodia del territorio y otras medidas de fomento», en *Noticias de la Unión Europea*, n° 307/2010, Monográfico sobre «Patrimonio natural y biodiversidad», pp. 99-107.

objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva, y que los acuerdos para la cesión de la gestión tendrán una duración limitada de acuerdo con sus características, y no darán lugar a renovación automática, no conllevando, una vez extinguida, ningún tipo de ventaja para el anterior cesionario ni para personas vinculadas a él. Acuerdos para la cesión de la gestión que se establecerán por escrito, en forma de convenio administrativo plurianual que preverá el sistema de financiación para su desarrollo, bien mediante aportaciones económicas, edificaciones, equipamientos, maquinaria, vehículos o cualquier otro bien o servicio, así como las directrices mínimas de gestión, fijadas en un precedente plan de gestión.

Por su parte, los incentivos a las externalidades positivas en el ámbito de los espacios protegidos y de los acuerdos de custodia del territorio, a regular por las Comunidades Autónomas, se prevén en el art. 73-LPNB.

Finalmente, el art. 74-LPNB crea el Fondo para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad, para apoyar los objetivos de la Ley por lo que entre los objetivos financiados por el mismo que se encuentran las acciones de custodia del territorio.

H) La custodia del territorio en el Plan Estratégico de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad 2011-2017

De acuerdo con lo previsto en el art. 13-LPNB, el Real Decreto 1274/2011, de 16 de septiembre (BOE del 30) aprobó el Plan Estratégico del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, 2011-2017, cuyo objeto es el establecimiento y la definición de objetivos, acciones y criterios que promuevan la conservación, el uso sostenible y la restauración del patrimonio, los recursos naturales terrestres y marinos, la biodiversidad y la geodiversidad, y su contenido incluirá un diagnóstico, los objetivos a alcanzar durante su período de vigencia y las acciones a desarrollar por la Administración General del Estado.

En relación con la Custodia del Territorio, el Plan Estratégico justifica en primer lugar la trascendencia de este instrumento, señalando que

«La protección de la biodiversidad ha sido considerada, desde inicios del siglo XX como una responsabilidad exclusiva de las Administraciones Públicas y no se ha considerado como una cuestión estratégica y horizontal que deba ser tenida en cuenta en todas las políticas sectoriales y en todos los ámbitos de la intervención pública y privada. Tampoco se ha dedicado la debida atención al papel que los agentes privados siguen cumpliendo en la gestión de una parte muy importante de la biodiversidad. Sin embargo, muchos terrenos con importantes valores naturales asociados, son privados...»

Se considera necesario fomentar y reconocer el papel que juegan los agentes sociales y privados en la gestión directa de la biodiversidad. Por ello, se considera

imprescindible ampliar los esfuerzos en la promoción de la gestión concertada a cargo de entidades de custodia y otras entidades de gestión, además de las instituciones públicas implicadas, para la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad. Esto permitiría explorar, por ejemplo, vías para el pago por algunos de los servicios de los ecosistemas. Los espacios de la Red Natura 2000 o las reservas de la biosfera son lugares idóneos para avanzar en la aplicación de este enfoque.

En el contexto de la conservación, en los terrenos privados el establecimiento de acuerdos voluntarios y contractuales causa menos resistencia entre la ciudadanía y los propietarios que los mecanismos reguladores. La mayor parte de los acuerdos de este tipo se han realizado hasta el momento en el marco de medidas agroambientales y en la actualidad se está experimentando un aumento en número y diversificación. En numerosos países, determinadas fundaciones, asociaciones, fideicomisos y grupos locales son importantes aliados para la puesta en práctica de proyectos de conservación y para comprometer e involucrar a propietarios y entidades locales en la conservación del territorio».

Sobre esta base, el Plan Estratégico destaca la trascendencia de los acuerdos de custodia al señalar, como ya sabemos, que «los acuerdos de custodia suelen ser más eficientes desde un punto de vista financiero que los mecanismos reguladores puesto que, al ser voluntarios, los propios signatarios tienen una mayor predisposición al cumplimiento, lo que reduce los costes de control»; si bien, estima que «el seguimiento anual de los acuerdos por parte de las entidades de custodia y bajo criterios de buenas prácticas de gestión es fundamental para garantizar la calidad, la transparencia y el efecto positivo en las políticas de conservación».

Seguidamente, el Plan Estratégico resalta la trascendencia de los arts. 72 y 73-LPNB, mencionados, en el fomento de estas actividades de custodia del territorio.

Por otra parte, el objetivo 5.1 del Plan Estratégico está dedicado a promover la custodia del territorio para la conservación de la biodiversidad, incluyendo diversas medidas relativas a la creación de un registro de Entidades de Custodia y determinar las tipologías y condiciones de Entidades y acuerdos de custodia y formas de gestión concertada; la promoción de acuerdos de custodia del territorio en terrenos de titularidad estatal en el marco del art. 72-LPNB; desarrollar acciones para la promoción de la custodia del territorio, así como criterios de buenas prácticas para la custodia del territorio, modelos de acuerdos de custodia y modelos de seguimiento de la custodia del territorio, y fomentar la Responsabilidad Social de la Empresa a través de iniciativas de custodia del territorio y gestión concertada de espacios naturales. La financiación prevista en el Plan para estas actividades es de 4 millones de euros para el período del Plan Estratégico.

LA PROTECCIÓN CIVIL EN LA MAR: EL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPUESTA ANTE LA CONTAMINACIÓN MARINA ACCIDENTAL (*)

MIGUEL ÁNGEL FRANCO GARCÍA

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: EMERGENCIAS MARÍTIMAS Y PROTECCIÓN CIVIL: 1. Las emergencias marítimas. 2. Conexión entre las emergencias marítimas y la protección civil.– II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SOBRE PROTECCIÓN CIVIL EN LA MAR: 1. Los títulos competenciales seguridad pública y marina mercante. 2. El alcance de la seguridad pública. 3. La expansión del título marina mercante y la protección civil: A) Transporte marítimo, seguridad de la navegación y vida humana en el mar. B) Protección del medio ambiente marino. C) Salvamento marítimo. 4. La concurrencia competencial en materia de protección civil.– III. ELEMENTOS BÁSICOS DEL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN CIVIL: LAS FUNCIONES DE LA PROTECCIÓN CIVIL: 1. La previsión y prevención del riesgo. 2. La planificación. 3. La intervención. 4. La rehabilitación o normalización.– IV. CONTAMINACIÓN ACCIDENTAL DE LOS BUQUES: PREVENCIÓN Y PLANES DE INTERVENCIÓN: 1. La prevención de la contaminación marina accidental: A) El Convenio SOLAS. B) La prevención en el ámbito comunitario. C) Las medidas de orden interno: el marco normativo de la inspección de buques extranjeros y nacionales. 2. Los planes de intervención: consideraciones y propuestas respecto a la planificación de la contaminación marina accidental en España. 3. Subsistema marítimo: A) El Plan Marítimo Nacional. B) Los planes interiores marítimos. 4. Subsistema costero: el Plan Estatal de Protección de la Ribera del Mar contra la contaminación.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La protección civil y las emergencias marítimas se hallan parcial e indisolublemente relacionadas, dado que los presupuestos fácticos de aquélla, basados en la concurrencia de situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, coinciden con los de las emergencias marítimas extraordinarias, que son aquéllas emergencias, o situaciones de gravedad diversa que requieren de una intervención inmediata, urgente y especializada, acaecidas en el mar, a las que se añade el calificativo de extraordinarias, por tener carácter calamitoso o catastrófico. Debido al desmesurado alcance conferido por el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante al título competencial marina mercante, el cual, ha sido ratificado por la doctrina del Tribunal

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 18 de septiembre de 2013 y evaluado favorablemente para su publicación el 8 de abril de 2014.

Constitucional, se ha procedido a incluir artificiosamente en él un heterogéneo abanico de materias cuya delimitación y alcance en relación con la noción de protección civil, trata de desvelarse en este trabajo. Los planes de contingencias constituyen los instrumentos en los que se concretan las actuaciones para hacer frente a la contaminación marina provocada por un accidente marítimo. En el Sistema Nacional de Respuesta ante la Contaminación Marina Accidental aprobado en 2012, se advierten algunos aspectos mejorables y una serie de significativas omisiones.

Palabras clave: protección civil; emergencias marítimas; contaminación marina accidental.

ABSTRACT: Civil protection and maritime emergencies are partial and inextricably linked, since the factual circumstances of the former, based on the existence of situations of serious risk, catastrophe and public calamity, match the extraordinary maritime emergencies, which are those emergencies, or different gravity situations that require immediate intervention, urgent and specialized occurred at sea, to which is added the adjective extraordinary, from its having a disastrous or catastrophic. Due to the enormous scope given by the text of the Law of Ports and Merchant Marine competence title, which has been ratified by the Constitutional Court doctrine, we have proceeded to include therein a heterogeneous artificially range of materials whose limits and scope in relation to the notion of civil protection, is unravel in this work. Contingency plans are the instruments that are specified actions to address marine pollution caused by maritime accidents. In the National Response Accidental Marine Pollution adopted in 2012, some areas for improvement are noted and a number of significant omissions.

Key words: civil protection; emergencies at sea; accidental marine pollution.

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: EMERGENCIAS MARÍTIMAS Y PROTECCIÓN CIVIL

1. Las emergencias marítimas

El ser humano ha estado siempre sometido a riesgos (1), que en ocasiones han desembocado en daños para él, sus bienes y el medio, pudiendo aquéllos provenir de la naturaleza o de la actividad del propio hombre. La tipología y percepción de los riesgos es mutable, pues el eventual acaecimiento de fenómenos provocados por la acción humana como el terrorismo internacional (2), los accidentes marítimos, las mareas negras, el tráfico de componentes

(1) OCHOA MONZÓ (1996: p. 20), indica que podría entenderse que un daño está próximo, que existe riesgo, cuando el que pase algo es elevado, es decir, cuando es altamente probable que se produzca un determinado evento capaz de causar un perjuicio, porque en caso contrario, no tiene sentido hablar de proximidad de un daño, por cuanto éste no es sino la consecuencia —medible, normalmente— o el efecto de una causa capaz de producir un determinado deterioro.

(2) NIKULA y HELLENBERG (2009: pp. 4-24).

nucleares y otros (3), suponen un reto permanente para la seguridad, al igual que la posibilidad de que sucedan otros eventos de origen natural como los terremotos, huracanes, epidemias, así como otras catástrofes y calamidades.

Todos estos riesgos, dada su naturaleza e imprecisa dimensión, pueden superar claramente las fronteras estatales y necesitar de una acción internacional (4), lo cual, conecta con el fenómeno de la globalización, que constituye un factor que puede aumentar la magnitud de los riesgos al hacerlos extensibles a cualquier parte del mundo (5). Además, desde una perspectiva interna,

(3) ESTEVE PARDO (1999: p. 62), alude a la situación que denomina *contradicción de la sociedad del riesgo*, esto es, una sociedad que en su afán de progreso y bienestar ha dejado en su camino los medios y creado las condiciones para la que podría ser su autodestrucción. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (2006: p. 117).

(4) OLIVA MARTÍNEZ (2010: pp. 605-634). VALENTE GOMES (2011: pp. 145-162). IZU BELLOSO (2009: pp. 357-366). LARSSON, HAGSTRÖM FRISSELL, y OLSSON (2009: pp. 1-16). KONS-TADINIDES (2011: pp. 12-22).

En el marco específico de la UE, ha de destacarse que los textos legales precursores del actual marco legal relativo a la cooperación en materia de protección civil, fueron el Programa de Acción Comunitario 1998-1999, seguido del Programa de Acción 2000-2004, que se extendió hasta 2006, mediante la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2004. El mecanismo europeo de protección civil fue establecido inicialmente por la Decisión 2001/792/CE, EURATOM del Consejo, de 23 de octubre de 2001 (DOCE L núm. 297, de 15 de noviembre de 2001), refundida ulteriormente en la Decisión del Consejo 2007/779/CE, EURATOM, de 8 de noviembre de 2007, por la que se establece un Mecanismo Comunitario de Protección Civil (DOUE L núm. 314, de 1 de diciembre), habiéndose dictado reglas de desarrollo para la implementación de la Decisión del Consejo 2007/779/CE, a través de la Decisión de la Comisión 2010/481/EU, de 29 de julio de 2010 (DOUE L núm. 236, de 7 de septiembre). En la actualidad, las normas citadas se hallan en proceso de revisión, en cuyo marco ha de destacarse la propuesta para una Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un Mecanismo Comunitario de Protección Civil de 20 de diciembre de 2011, COM (2011) 934 final.

En esta misma línea, merece destacarse por la intensidad alcanzada en la cooperación y la acción operativa conjunta de las unidades militares respectivas (Unidad Militar de Emergencias y Mando de Formaciones Militares de Seguridad Civil), en materia de situaciones de emergencia, y de protección y seguridad civiles (intercambio de información no clasificada; intercambio de observadores; y participación en acciones de formación y el apoyo a su realización), el Acuerdo suscrito entre España y el Gobierno de la República francesa en el ámbito de las situaciones de emergencia y de protección y seguridad civiles, hecho en Madrid el 28 de abril de 2009, en el que ambas Partes designaron como administraciones competentes, por España, el Ministerio de Defensa; y por Francia, el Ministerio de Interior, Ultramar y Colectividades Territoriales (artículos 1 y 2.1). El citado Acuerdo se publicó en el BOE núm. 180, de 13 de septiembre de 2012.

(5) GROTE (2001: p. 101) expresa que *il en résulte que deux conditions doivent être remplies si l'on veut parler d'une catastrophe écologique globale. Premièrement, il doit s'agir d'une catastrophe écologique don't les effets néfastes affectent la communauté humaine à l'échelle globale et ne se limitent pas à des pays individuels ou à une région bien délimitée. Deuxièmement, il doit être démontré que le potentiel destructeur de la catastrophe dépasse la capacité de résistance des Etats nationaux et des organisations régionales, de telle sorte qu'une réponse efficace ne peut être organisée que sur le plan mondial.*

estas nuevas realidades pueden llegar a desbordar igualmente, la acción de una sola Administración, haciendo necesaria la coordinación, colaboración y cooperación de las tres Administraciones públicas de base territorial existentes en nuestro país que ostentan competencias concurrentes respecto a las emergencias acaecidas en la mar.

La percepción actual de los riesgos, como una realidad con la que se ha de convivir, lleva a que la aspiración sea reducir aquéllos al máximo posible, fijándose los niveles de riesgo aceptables, puesto que la pretensión de seguridad absoluta, el *riesgo cero*, no deja de ser una utopía, carente de eficacia alguna (6).

Desde un punto de vista jurídico, el vocablo *emergencia*, a diferencia de los de catástrofe y calamidad, respecto a los cuales, en las normas de protección civil y emergencias se recogen definiciones dispares, presenta una base común que hace referencia a una situación de gravedad diversa, en la que se requiere una intervención inmediata, urgente y especializada, que permite hablar, sin forzar los términos, de emergencias ordinarias y extraordinarias (7). En efecto, el artículo 2.c) de la Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de Protección Civil y Emergencias de Aragón (8), y de modo idéntico la Ley 3/2006, de 30 de marzo, de Gestión de Emergencias de las Illes Balears (9) (artículo 2.c), indican que se entiende por emergencia *el suceso o accidente que sobreviene de modo imprevisto, afectando a la integridad física de las personas o a los bienes, de modo colectivo o individual, y que, en ocasiones, llega a constituir una catástrofe o una calamidad*, configurándose el riesgo, como una noción ligada a la idea de posibilidad o eventualidad de que se produzca una emergencia, y estableciéndose la diferencia entre catástrofe y calamidad, en que la primera, supone una grave destrucción de bienes y afección al patrimonio; en tanto que la segunda, implica la producción de muchas víctimas o afecta a un gran número de personas.

De un modo similar, se menciona la perentoriedad en la adopción de medidas preventivas o paliativas de los daños, aunque no se hace referencia a la distinción entre tipos de emergencias (10), en las Leyes 8/2005, de

(6) GONZÁLEZ LAXE y MARTÍN PALMERO (2009: p. 1).

(7) GARCÍA PÉREZ (2006: p. 246).

(8) BOE núm. 21, de 24 de enero de 2003; y en el BO Aragón núm. 151, de 30 de diciembre.

(9) BOE núm. 113, de 12 de mayo; y en el BOE Illes Balears núm. 50, de 6 de abril.

(10) En la Ley 9/2007, de 13 de abril, por la que se regula el Sistema Canario de Seguridad y Emergencias (BOE núm. 124, de 24 de mayo; y en el BO Canarias núm. 77, de 18 de abril), no se diferencian claramente los grados que pueden existir en la situación de emergencia (vid. artículos 25-27).

1 de julio, de Protección Civil y Emergencias de Navarra (11) (artículo 2.a); y 1/2011, de 7 de febrero, de Protección Civil y Emergencias de La Rioja (12), que conceptúan la emergencia, como una *situación que sobreviene de modo súbito, en la cual la vida o la integridad física de las personas, los bienes o el medio ambiente se ponen en grave riesgo o resultan agredidas, y que exige la adopción inmediata de medidas para atajar el riesgo o para minimizar los daños*. Sin embargo, esta última norma citada, considera englobada en el término catástrofe la noción de calamidad pública, poniendo el acento respecto a esta última, en las notas de afección persistente y generalizada a una población, bienes o medio ambiente.

Aunque la normativa autonómica, presenta un alto grado de heterogeneidad en las definiciones, resulta posible atisbar las diferencias entre las dos clases de emergencias a que hemos hecho referencia: extraordinarias, las cuales, serían aquéllas que tienen carácter catastrófico o calamitoso, y se identifican claramente en la Ley 1/1996, de 3 de abril, de Emergencias del País Vasco (13), con la protección civil (artículos 3-22); y las que revisten carácter ordinario, pues no suponen un grave riesgo colectivo, catástrofe o calamidad pública, si bien, precisan de la intervención de medios y servicios de protección (artículos 23-27 de la Ley de Emergencias del País Vasco).

La distinción citada se refleja en el Punto II de la Exposición de Motivos de la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias de Andalucía (14), donde en tono didáctico, pero a nuestro modo de ver acertado, en cuanto a la introducción de los elementos de gradación y evolución que pueden llegar a detectarse en una situación de emergencia inicialmente no calamitosa, explica que *tradicionalmente se ha venido desarrollando la materia partiendo de una distinción entre emergencias de menor gravedad, las cuales eran reguladas mediante normas sectoriales u otras de alcance territorial limitado, o bien aquellas situaciones que, por constituir grave riesgo colectivo, catástrofe o calamidad pública, entraban de lleno en el ámbito de la protección civil, cuya ordenación responde a un modelo suficientemente desarrollado e integrador*.

Habida cuenta de la posible evolución de una emergencia de índole inicialmente no calamitosa a situaciones que sí revistan tal carácter, así como la necesidad por razones de eficacia del establecimiento de un sistema integrado

(11) BO Navarra núm. 81, de 8 de julio.

(12) BOE núm. 47, de 24 de febrero; y en el BO La Rioja núm. 20, de 11 de febrero.

(13) BOE núm. 17, de 20 de enero de 2012; y en el BO País Vasco núm. 77, de 22 de abril de 1996.

(14) BOE núm. 297, de 12 de diciembre; y en el BO Junta de Andalucía núm. 138, de 26 de noviembre.

de respuesta que, atendiendo a principios de aplicación general, permita evitar situaciones de desprotección en los supuestos de agotamiento de los mecanismos inicialmente previstos para su gestión, y garantizar además el establecimiento de medidas de coordinación intersectorial, procede aprobar... una norma con rango de Ley, que... garantice la configuración de un marco adecuado de protección ante los distintos niveles de emergencia.

Explícitamente, tanto la Ley 1/2007, de 1 de marzo, de Protección Civil y Gestión de Emergencias de Cantabria (15), como de una forma un tanto confusa, la Ley 5/2007, de 7 de mayo, de Emergencias de Galicia (16) (artículo 1), aluden a situaciones de emergencia ordinaria, que son las que sin implicar grave riesgo colectivo ni suponer catástrofe o calamidad pública, requieren la intervención de medios y servicios de protección y auxilio a las personas y a los bienes; y de emergencia no ordinaria, que son aquéllas que por afectar a una pluralidad indeterminada de personas o de forma generalizada a la población, tienen la condición de catástrofe o calamidad pública y hacen necesaria la adopción de medidas extraordinarias para hacer frente a la mismas (artículo 2.b y c, respectivamente).

Desde la perspectiva de la gestión, entendida ésta como el conjunto de acciones adoptadas para hacer frente a la situación de peligrosidad creada, el artículo 1 de la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias de Andalucía, acoge la diferenciación cuantitativa entre los distintos niveles de emergencias (artículo 1), aludiendo específicamente a las no catastróficas, que conceptúa como las situaciones que, sin suponer grave riesgo colectivo, catástrofe o calamidad pública, requieren para su gestión, de actuaciones de carácter multisectorial y adopción de especiales medidas de coordinación de los servicios operativos (artículo 30). Sin embargo, la Ley valenciana 13/2010, de 23 de noviembre, de Protección Civil y Gestión de Emergencias (17), no

(15) BOE núm. 94, de 19 de abril; y en el BO Cantabria núm. 49, de 9 de marzo.

(16) BOE núm. 137, de 8 de junio; y en el DO Galicia núm. 94, de 16 de mayo.

La Ley 5/2007, regula el sistema integrado de protección civil y emergencias en Galicia, dirigido a adoptar medidas preventivas que eviten situaciones de riesgo, a actuar en caso de riesgo ordinario y a proteger la integridad de las personas y los bienes de titularidad pública o privada y el medio ambiente de daños en situaciones de emergencia o grave riesgo provocados por catástrofes, calamidades, accidentes y otras situaciones o contingencias análogas (artículo 1). Se indica que se ha de *actuar* frente al riesgo ordinario, desconociéndose que el riesgo ordinario es una mera posibilidad de acaecimiento de un daño y que difícilmente va a poderse actuar sobre una eventualidad, es decir, sobre algo que todavía no ha sucedido y sólo potencialmente puede llegar a acaecer. Quizá hubiera sido más clarificadora la expresión de *emergencia ordinaria*, en vez de la consignada en la norma, por contraposición a la mención de *situaciones de emergencia o grave riesgo*, recogida en el mismo precepto.

(17) BOE núm. 300, de 10 de diciembre; y Diari Oficial de la Comunitat Valenciana núm. 6405, de 25 de noviembre.

efectúa las aludidas disquisiciones sino que considera que la actuación en materia de protección civil y gestión de emergencias, parte de eventos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, accidentes graves y otros análogos (artículo 1).

El calificativo de *marítimas* que hemos añadido al término emergencias, acota el lugar físico de acaecimiento de aquéllas, con independencia del origen o procedencia de la situación, y de que las emergencias, en función de la entidad del daño, sean ordinarias o extraordinarias.

2. Conexión entre las emergencias marítimas y la protección civil

Como fácilmente se advierte de lo hasta ahora expuesto, no toda emergencia marítima puede ser calificada como situación comprendida en el ámbito de la protección civil, y ello, porque solamente las situaciones de *grave riesgo, catástrofe o calamidad pública*, tal y como recoge en su artículo 1.1 la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil (en adelante, LPC), constituyen los presupuestos fácticos de la protección civil, y sirven de punto de conexión con aquella parte de las emergencias marítimas que anteriormente hemos conceptualizado como extraordinarias por tener carácter catastrófico o calamitoso, quedando pues fuera del campo de la protección civil, las emergencias marítimas ordinarias, que serían todas aquellas que no producen los efectos reseñados.

Partiendo de la definición legal, puede decirse que la *protección civil* es un *servicio público* en cuya organización, funcionamiento y ejecución participan las diferentes Administraciones públicas, así como los ciudadanos mediante el cumplimiento de los correspondientes deberes y la prestación de su colaboración voluntaria (artículo 1.2) (18), dirigido a la protección física de las personas y de los bienes, en situación de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria, en la que, la seguridad y la vida de las personas pueden peligrar y sucumbir masivamente (apartado I de la Exposición de Motivos de la LPC).

A la definición legal, ha de añadirse la interpretación que el TC ha efectuado de la noción de *protección civil*, que se enmarca según la STC de 19 de julio de 1990 (FJ 5, apartado b), dentro de la cláusula de *seguridad*

(18) BARCELONA LLOP (2007: p. 193), sostiene que la calificación legal de la protección civil como servicio público (artículo 1.2 de la LPC), no es la más acertada en términos técnico-jurídicos, toda vez que la protección civil es, antes que otra cosa, un conglomerado de actividades múltiples de prevención, operativas, de coordinación de los medios y servicios hábiles para afrontar las situaciones de riesgo o de peligro colectivo y paliar sus consecuencias y, en fin, de rehabilitación o restauración.

pública del artículo 149.1.29ª de la Constitución, afirmándose en la STC de 18 de diciembre de 1984 (FJ 2), que la «protección civil», está constituida por el conjunto de acciones dirigidas a evitar, reducir o corregir los daños causados a personas y bienes por toda clase de medios de agresión y por los elementos naturales o extraordinarios en tiempos de paz, cuando la amplitud y gravedad de sus efectos les hace alcanzar el carácter de calamidad pública.

Ambas definiciones son plenamente complementarias y de la conjunción de aquéllas con las disposiciones de la Ley, pueden extraerse las siguientes características esenciales de la protección civil:

- Su naturaleza de servicio público esencial y permanente. Se configura como esencial, porque se basa en la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la vida y a la integridad física de las personas consagrado en el artículo 15 CE. Es permanente porque existe la necesidad de contar con unos servicios y medios de protección cuando una catástrofe o calamidad acaezca, a la par que con una ordenada y previa planificación de las actuaciones para, en su caso, coordinar y movilizar la totalidad de los recursos públicos y privados de la comunidad (19).
- Este servicio público debe ser prestado por las Administraciones públicas, cuya actuación ha de orientarse al estudio, prevención y protección de personas y bienes. Conforme al artículo 1.2 de la Ley, puede requerir la colaboración de todos, incluso obligatoria de los ciudadanos, cuyo incumplimiento puede dar lugar a las correspondientes sanciones (artículo 19 de la Ley). En este sentido la STC de 18 de diciembre de 1984 (FJ 2), expresa que *desde el primer momento en que este tipo de actividades recibieron su configuración jurídica se comprendió en ella la existencia de obligaciones y servicios personales a cargo de los individuos...* a lo que alude el artículo 30.4 de la Constitución al expresar que mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grandes riesgos, catástrofes o calamidades públicas.
- El conjunto de medios y actividades pueden ser civiles o militares, pero lo que resulta trascendente es que cuando se requiera la intervención de las FAS, ésta se realiza a título de colaboración con las Autoridades civiles (artículo 2 de la Ley).

La protección civil entra en juego cuando concurren circunstancias extraordinarias, si bien, en su conjunto los supuestos en que aquélla puede aplicarse revisten carácter ordinario, en la medida en que no alteran el ejer-

(19) FIGUERUELO ALMAZÁN (1985: pp. 93 y ss.).

cicio de las competencias de los poderes públicos. Algunas de las causas que pueden motivar la declaración del estado de alarma, tienen también su origen en supuestos calamitosos o catastróficos (apartados a y b del artículo 4 de la LO 4/1981, de 1 de julio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, en lo sucesivo, LOAES). Sin embargo, el matiz diferenciador entre ambos supuestos, viene dado porque la declaración del estado de alarma exige que concurran *circunstancias extraordinarias que hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes* (artículo 1.1 LO 4/1981), es decir, que el fundamento de la declaración del estado de alarma debería ser, la salvaguarda de los derechos y libertades de los ciudadanos en relación con la Constitución, o si se prefiere, la propia permanencia del orden constitucional ante situaciones de anormalidad (20).

Además, la LOAES presenta tres grandes diferencias respecto de lo regulado por la LPC. La primera, es de carácter formal: el procedimiento de activación requiere un decreto del Consejo de ministros, la información al Congreso, el plazo de duración ha de ser inferior a quince días, la prórroga del mismo exige autorización congresual, hay imposibilidad de disolver el Congreso mientras este estado dure... La segunda, consiste en que la autoridad competente en estos casos es siempre el Presidente del Gobierno o, por delegación suya, el Presidente de una Comunidad Autónoma. Y la tercera, es que existe la previsión de limitar el acceso a lugares y la posibilidad de toque de queda: en definitiva, limitar el derecho fundamental de libertad de circulación (21).

II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS SOBRE PROTECCIÓN CIVIL EN LA MAR

1. Los títulos competenciales seguridad pública y marina mercante

Examinando el conjunto de nuestro Ordenamiento jurídico, se aprecia que son muy numerosas las intervenciones de los poderes públicos que tienen como finalidad última la protección de las personas y de su patrimonio. Así ocurre por ejemplo, con las normas relativas al transporte marítimo, la seguridad de la navegación y el salvamento marítimo, entre otras.

Sin embargo, no toda la normativa que tiene por objeto material la salvaguarda de la seguridad de las personas puede ser calificada, en términos constitucionales, como propia de la materia *seguridad pública*, pues si así

(20) CRUZ VILLALÓN (1984: p. 17).

(21) MARTÍNEZ MARTÍNEZ y DÍAZ FERNÁNDEZ (1999: pp. 397 y 398).

fuera, la práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas de seguridad pública, y por ende competencia del Estado, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto, en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el artículo 104 de la Constitución, según ha reconocido el Tribunal Constitucional en su STC de 6 de mayo de 1985 (22) (FJ 2).

En el campo de las catástrofes marítimas ha de efectuarse una distinción previa a la hora de determinar cual haya de ser el título competencial prevalente, debiéndose examinar si concurren o no los presupuestos de la protección civil en el asunto en cuestión, de modo que si una vez acaecido el siniestro, las acciones de los poderes públicos se dirigen a la preservación de la vida y el patrimonio de las personas, no existiría reparo en incluir dichas acciones dentro de la órbita de la protección civil, y por ende, de la seguridad pública. Ahora bien, cuando nos hallamos ante una emergencia ordinaria, por no existir afectación alguna a las personas o bienes como consecuencia del evento catastrófico, parece que cabalmente no podría llevarse el hecho ni al ámbito de la protección civil, ni al de la seguridad pública, pues faltaría la razón de ser de ambas, debiendo en este caso, incardinarse aquél en un título competencial distinto a los mencionados.

Se ha producido una paulatina expansión del título competencial marina mercante propiciada por la interpretación del artículo 6 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante LPEMM), hoy texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), efectuada por el Tribunal Constitucional, el cual, en una primera aproximación, entiende comprendidas en el concepto de marina mercante *aquellas actividades con finalidad comercial relacionadas con la navegación de buques mercantes y, más concretamente, con el transporte marítimo de personas o mercancías: incluyendo asimismo las prescripciones necesarias para que la navegación marítima se desarrolle en condiciones de seguridad para los tripulantes y las personas a bordo, así como para las mercancías transportadas. Lo que se traduce en ciertas condiciones técnicas que debe reunir el buque y en una ordenación del tráfico marítimo, tanto con carácter general como en determinados espacios* (STC de 19 de febrero de 1998, FJ 44).

En materias como la de la lucha contra la contaminación marina (apartado f), o el salvamento marítimo (apartado e), como después analizaremos, el Tribunal Constitucional, según afirma MEILÁN GIL (2005: p. 34), es cuanto menos *generoso* en la interpretación de la constitucionalidad del precepto

(22) STC de 6 de mayo de 1985. Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León. RTC 1985/59.

que define marina mercante (23), lo cual, consideramos que no puede llevar a obviar que ambas materias han de converger en la protección civil, en el caso, claro está, de que concurran los presupuestos fácticos de ésta.

2. El alcance de la seguridad pública

La protección civil, no aparece expresamente mencionada en la Constitución española, ni entre las materias susceptibles de ser asumidas por las comunidades autónomas (artículo 148), ni entre las reservadas al Estado (artículo 149), de ahí que, el Tribunal Constitucional, con ocasión del conflicto de competencia planteado por el Gobierno del Estado frente al Gobierno Vasco, en relación al Decreto 34/1983, de 8 de marzo, de creación por la Comunidad Autónoma del País Vasco de Centros de Coordinación Operativa, en la STC de 18 de diciembre de 1984 (FJ 4), trató de precisar, con escasa fortuna, el encuadramiento competencial de aquélla, declarando que la materia de protección civil, *ha de englobarse con carácter prioritario en el concepto de seguridad pública del 149.1.29 de la CE... considerando este último concepto... grosso modo como el conjunto de actividades dirigidas a la protección de las personas y de los bienes y a la preservación y el mantenimiento de la tranquilidad y del orden ciudadano.*

Como hemos indicado, dado que el grave riesgo, la catástrofe o la calamidad pública son los presupuestos de hecho de la protección civil, puede colegirse, que solamente van a poder anclarse constitucionalmente dentro del amplio concepto constitucional de seguridad pública, los supuestos en que la gravedad de sus efectos permita calificarlos como catástrofe o calamidad pública. En otras palabras, no todos los eventos que podrían encajar en la materia de seguridad pública del artículo 149.1.29^o CE, van a poder incardinarse en el ámbito de la protección civil, sino sólo los de emergencia extraordinaria o grave. En esta línea, como recuerda la STC de 12 de febrero de 2004 (FJ 9), en materia de protección civil, se estableció la conexión con el artículo 149.1.29^o, en relación a los supuestos de situaciones de emergencia grave, con necesaria movilización de recursos y servicios de distintas administraciones públicas en razón a su alcance supraterritorial (24) (en idéntico sentido, se pronuncia la STC de 19 de julio de 1990, FJ 6).

(23) En el original, la palabra que, en el texto, hemos insertado en cursiva, aparece entrecuadrada.

(24) IZU BELLOSO (1991: pp. 17 y 18), en cuanto a las competencias estatales sobre protección civil, por un lado, según dicho autor, se aducen por el TC dos fundamentos distintos que resultan contradictorios, así, se afirma la pertenencia de la protección civil al ámbito de la seguridad pública; conforme a ello, debería concluirse que se trata de una competencia exclusiva del Estado, como afirma el artículo 149.1.29^o de la Constitución, que no prevé nin-

El concepto de seguridad pública comprende la acción de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el cumplimiento de sus misiones de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, a que hace referencia el artículo 104 de la CE, sin embargo no todo supuesto de protección civil, podría quedar amparado bajo el manto de la noción de *seguridad pública* sino sólo aquél que por tratarse de una catástrofe o calamidad pública, pueda hacer peligrar masivamente la vida de las personas.

¿Qué sucedería entonces con aquéllos supuestos emergencias ordinarias que pueden afectar al libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos o a la seguridad ciudadana pero que, sin embargo, no alcanzan el grado de intensidad suficiente para ser calificados como catástrofe o calamidad?

Como el propio Tribunal Constitucional ha señalado en la Sentencia de 14 de enero de 1993 (25), resolutoria de la controversia suscitada entre el Gobierno Vasco y el Gobierno del Estado, respecto a la titularidad para dictar determinadas medidas en relación con el transporte de mercancías peligrosas por carretera en vehículos de las FAS (26) (FJ 4), en la valoración jurídica para efectuar una calificación competencial correcta *debe apreciarse el objeto, contenido y, en su caso, finalidad* de las disposiciones en cuestión (vid, en esta línea SSTC de 20 de diciembre de 1988 (27), FJ 3; 26 de enero de 1989 (28), FJ 2; y de 5 de octubre de 1989 (29), FJ 4, entre otras), teniendo en cuenta lo cual, consideramos que el parámetro que habría de guiar el encuadramiento competencial en los casos de emergencias ordinarias o menos graves, sería el

guna competencia autonómica sobre protección civil (únicamente sobre policías autonómicas). Pero por otro lado, el Tribunal Constitucional insiste repetidas veces que la justificación de las facultades del Estado en materia de protección civil se halla en la aparición de un interés nacional ante el que ceden las competencias autonómicas.

(25) STC de 14 de enero de 1993. Ponente: Luis López Guerra. RTC 1993/2.

(26) La STC de 14 de enero de 1993, resolvió el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno Vasco en relación a diversos preceptos de la Orden 7/1986, de 27 de enero de 1987, del Ministerio de Defensa, por la que se aprobaba la normativa aplicable al transporte de mercancías peligrosas por carretera en vehículos de las FAS, en el que la representación del Gobierno Vasco afirmaba que la citada Orden se refería a una materia propia de la protección civil, mientras el Abogado del Estado la relacionaba con el tráfico, seguridad vial y funciones del Ministerio de Defensa y que por lo tanto, sólo afectaba de forma eventual e indirecta a la protección civil. El Alto Tribunal, dio la razón al Estado, al considerar que dichas actividades entraban dentro del artículo 149.1.21º CE, dedicado a la regulación del tráfico y circulación de vehículos a motor como competencia exclusiva del Estado.

(27) STC de 20 de diciembre de 1988. Ponente: Francisco Rubio Llorente. RTC 1988/252.

(28) STC de 26 de enero de 1989. Ponente: Antonio Truyol Serra. RTC 1989/13.

(29) STC de 5 de octubre de 1989. Ponente: Carlos de la Vega Benayas. RTC 1989/153.

de la ausencia de los presupuestos fácticos de la protección civil, por lo que no resultaría posible reconducirlos al ámbito de aquélla, aunque bien pudieran enmarcarse en el título competencial seguridad pública, o en cualesquiera otros.

La propia STC de 14 de enero de 1993, parece corroborar nuestra opinión, cuando en su FJ 5, afirma que *como se recoge en la exposición de motivos de la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil, ésta debe entenderse como «protección física de las personas y de los bienes en situación de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria en la que la seguridad y la vida de las personas puedan peligrar y sucumbir masivamente»*. Y, *de la consideración de los artículos que se cuestionan no cabe concluir que se refieran a situaciones de ese tipo, como supuesto normal de su aplicación: pues la regulación que en ellos se contiene versa sobre eventualidades que no se asocian normalmente con la creación de riesgos catastróficos extraordinarios*.

3. La expansión del título marina mercante y la protección civil

A) Transporte marítimo, seguridad de la navegación y vida humana en el mar

La STC de 19 de febrero de 1998, salvó la constitucionalidad de los preceptos de la LPEMM referidos al transporte marítimo y a la seguridad de la navegación, arguyendo que respecto al primero (FJ 45), *que es precisamente el último inciso del art. 6.1, a) LPMM el que permite considerar a este precepto conforme con el orden constitucional de competencias. Al margen de la mayor o menor corrección técnica de la fórmula utilizada, no puede ignorarse, de un lado, que la inclusión de la actividad de transporte marítimo en la marina mercante no puede considerarse en modo alguno como algo artificial, sino que, por el contrario, aparece como su verdadero núcleo. Por otra parte, el hecho de que la Constitución no se haya referido al transporte marítimo en ningún precepto —a diferencia de lo que ocurre con el transporte aéreo al que alude el mismo núm. 20 del art. 149.1 y con el transporte terrestre, previsto en el núm. 21— parece apuntar con toda claridad a su inclusión en el título de marina mercante. Por ello, tampoco resulta necesario acudir a la cláusula residual del art. 149.3 CE. Se excluye únicamente del concepto de marina mercante, el transporte marítimo que se lleva a cabo exclusivamente entre puertos o puntos de una misma Comunidad Autónoma, que tenga competencias en esta materia, sin conexión con puertos o puntos de otros ámbitos territoriales*.

Respecto a la seguridad de la navegación y de la vida humana en el mar, el Tribunal Constitucional justifica en la aludida resolución (FJ 46), su inclusión en la noción de marina mercante, en base a la necesidad de adoptar *garantías uniformes en todo el territorio nacional*, derivada de normas internacionales

que persiguen la misma finalidad, expresando que *no cabe duda de que, al menos determinados aspectos de la seguridad de la navegación y de la vida humana en el mar son incardinables preferentemente en la marina mercante. Así la determinación de las condiciones técnicas y de seguridad que deban reunir los buques, el establecimiento de normas de navegación, la concreción del número de miembros de la dotación de los buques y sus condiciones de capacitación profesional (cuestiones todas ellas a las que se refiere el art. 77.1 LPMM, que no ha sido impugnado) son aspectos que afectan a la seguridad en el mar, que no pueden considerarse ajenos al título de marina mercante y que sólo forzosamente pueden englobarse en la materia de seguridad pública.*

De la mención a la *seguridad de la navegación*, efectuada en el artículo 6.1.d) de la LPEMM, el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 19 de febrero de 1998, ha efectuado una interpretación restrictiva de las funciones que corresponden a las Capitanías Marítimas (30), y así:

- El hecho de que los servicios de remolque y practicafe puedan calificarse como actividades portuarias y la posibilidad de que dichas actividades se desarrollen en puertos cuya titularidad puede corresponder a las CCAA, no impide que el Estado pueda determinar, en ejercicio de su competencia sobre marina mercante, *las condiciones que habiliten para el ejercicio de la actividad de practicafe, así como los servicios necesarios de remolque que deba haber en los puertos*, si bien, la *gestión de los concretos servicios de remolque y practicafe*, corresponden a la Autoridad Portuaria, ya sea dependiente del Estado, ya de la Comunidad Autónoma correspondiente (FJ 47.2).
- La determinación por la Capitanía Marítima de las zonas de fondeo y de maniobra en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía no excluye la competencia de la Autoridad Portuaria para la concreta autorización de fondeo y la asignación de puestos en la zona de servicios de los puertos. La determinación de las condiciones de los canales de entrada y salida de los puertos, se efectúa por la Capitanía Marítima, mediante la técnica del informe vinculante, que, en todo caso, se limitará exclusivamente a lo relativo a la seguridad en la navegación (FJ 48.3).
- La fijación de los criterios determinantes de las maniobras a realizar por los buques que transporten mercancías peligrosas o presenten condiciones excepcionales se atribuye al Capitán Marítimo, si bien este se limita al establecimiento de criterios generales, lo que en modo alguno excluye la intervención de la correspondiente Autoridad Portuaria (FJ 49.4).

(30) MEILÁN GIL (2005: pp. 35-37).

- Las razones de emergencia justifican que los servicios de practicaje y remolque pasen a disposición de la Capitanía Marítima correspondiente, cuando se deba operar en aguas situadas en zonas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción (FJ 49).

B) Protección del medio ambiente marino

La desmesurada extensión del título *marina mercante* atributivo de competencia al Estado con carácter exclusivo (artículo 149.1.20º), por lo que se refiere al encuadramiento en aquél de la materia relativa a la protección del medio ambiente marino, ha venido propiciada a nuestro modo de ver, por dos circunstancias: una de carácter normativo y otra que trae causa de la doctrina emitida por el Tribunal Constitucional respecto al alcance del concepto de *marina mercante*, tal y como se consignaba en su día, en la LPEMM.

Así por un lado, la forzada inclusión en la órbita de la marina mercante, vía artículo 6.1.f) LPEMM (actualmente TRLPEMM), de *la prevención de la contaminación producida desde buques, plataformas fijas y otras instalaciones que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción y la protección del medio ambiente marino*, excede los límites de lo razonable.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en la STC de 19 de febrero de 1998 (FJ 56), tras la impugnación del citado precepto por el Consejo de Gobierno de las Islas Baleares y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, aún reconociendo *el exceso que supone denominar «marina mercante» —sobre la que el Estado tiene competencia exclusiva— a la protección del medio ambiente marino*, confirmó la adecuación de aquélla previsión a los parámetros constitucionales.

Los recurrentes aducían que los respectivos Estatutos de Autonomía atribuían a las Comunidades Autónomas competencia para dictar normas adicionales de protección y para ejecutar la legislación del Estado en materia de medio ambiente, así como competencias ejecutivas sobre vertidos en las aguas territoriales del Estado correspondientes al litoral de la Comunidad Autónoma, por lo que el Estado no podía arrogarse una competencia exclusiva sobre protección del medio ambiente marino mediante la calificación de la materia en cuestión como marina mercante.

El TC, sin embargo, declaró que el art. 6.1.f) LPEMM, no resultaba contrario a las concretas competencias sobre medio ambiente que pudieran corresponder a las Comunidades Autónomas recurrentes, siendo posible una interpretación conforme con el orden constitucional de competencias. *En última instancia, el precepto puede perfectamente ser entendido como una norma de organización interna de las competencias que corresponden al Estado, en*

el sentido de que, a los efectos de la LPMM, esas competencias de tutela del medio ambiente, se consideran incardinadas en el título «marina mercante».

En los siniestros marítimos, que por su magnitud puedan calificarse como emergencias extraordinarias o graves, según nuestra opinión, concurren los presupuestos fácticos de la protección civil, es decir, el grave riesgo, la catástrofe o la calamidad pública, y por consiguiente, caen de lleno en el ámbito de aquélla pudiendo subsumirse en el título competencial seguridad pública (artículo 149.1.29º). Sin embargo, *a sensu contrario*, en todas aquéllas situaciones de emergencias ordinarias o no catastróficas, en las cuales, no existe una amenaza grave para las personas o bienes, lo que se pone en peligro no es ya la seguridad pública sino la riqueza del medio marino, encontrando pues encaje constitucional, en los títulos específicos relativos a la protección del medio ambiente (31) (artículos 149.1.23º y 148.1.9º CE), respecto de los cuales, el Estado no se ha reservado sino la competencia de legislación básica, pudiendo las Comunidades Autónomas establecer normas adicionales de protección y gestión (32).

Como pone de manifiesto SANZ LARRUGA (2006b: pp. 606 y 607), la denominada *contaminación operacional*, que es la producida en el transcurso ordinario de la actividad del tráfico marítimo, sin peligro masivo o grave para las personas o los bienes, constituye la principal fuente de contaminación marina en términos absolutos, sin embargo, las situaciones de *contaminación accidental*, en las que habitualmente el riesgo se maximiza y los daños llegan al nivel de catástrofe o calamidad, vienen afrontándose bajo la perspectiva

(31) VALENCIA MARTÍN (2000: pp. 3589-3616).

(32) La STC de 26 de junio de 1995 (FJ 9), en cuanto al alcance de las competencias del Estado y las CCAA en materia medioambiental, ha precisado que *lo básico, por una parte y desde una perspectiva constitucional...consiste en el común denominador normativo para todos en un sector determinado, pero sin olvidar, en su dimensión intelectual, el carácter nuclear, inherente al concepto. Lo dicho nos lleva a concluir que lo básico, como propio de la competencia estatal en esta materia, cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos, como ya se dijo en la STC 170/1989.*

El recíproco engranaje de la competencia estatal y de las autonómicas en la materia, visto así, lleva a la convicción de que lo básico tiene aquí simultáneamente carácter mínimo, como patrón indispensable para la protección del medio ambiente, fuera de cuyo núcleo entran en juego las normas que lo complementan y lo desarrollan, con la ejecución, sin fisura alguna de ese entero grupo normativo. Se trata pues, de una estratificación de la materia por niveles, donde el estatal ha de ser suficiente y homogéneo, pero mejorable por así decirlo para adaptarlo a las circunstancias de cada Comunidad Autónoma. En idéntico sentido la STC de 4 de noviembre de 1982 (FJ 4). Ponente: Ángel Latorre Segura. RTC 1982/64.

Sobre la fuerza expansiva de la competencia exclusiva del Estado contenida en el artículo 149.1.23º CE, vid. (SSTC de 28 de junio de 2010, FFJJ 59 y 64; y de de 15 de marzo de 2012, FJ 4. Ponente: Manuel Aragón Reyes. RTC 2012/34).

jurídica de la Protección civil. En estos últimos casos, y sólo en ellos, la competencia será exclusiva del Estado, siendo la prioridad atender la emergencia, pasando a un segundo plano todo lo demás. De ahí, la llamada *fuerza expansiva de la protección civil*, que se traduce en la práctica en que el titular de esta competencia toma las riendas de la situación, asume la dirección y coordina la intervención de las Administraciones implicadas.

Los argumentos, que no compartimos, utilizados por el Tribunal Constitucional y por alguna autora (33), para justificar la incardinación de la protección medio ambiente marino en el título *marina mercante*, pueden sintetizarse en los siguientes:

- El primero de ellos, la titularidad que, según el art. 132.2 CE, corresponde al Estado sobre las playas, la zona marítimo-terrestre, el mar territorial, los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Como recuerda el Tribunal Constitucional, dicha titularidad no puede entenderse como un título atributivo de competencias (SSTC de 3 de julio de 1984 y de 4 de julio de 1991), pero añade, *sí otorga al Estado facultades encaminadas a la protección de los bienes demaniales*.

El hecho de que el Estado ostente facultades protectoras sobre los bienes de dominio público, no implica que dichas facultades no puedan ser desarrolladas de modo concurrente por otras Administraciones distintas de la estatal, máxime cuando el artículo 45.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente (34).

- El segundo argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional consiste en la dimensión que pueden alcanzar ciertas catástrofes medioambientales que ponen en juego un interés superior al que estrictamente corresponde a una Comunidad Autónoma. Cierto es que el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones se ha pronunciado en el sentido de que cuando los intereses afectados se extienden al territorio de más de una Comunidad Autónoma, tales intereses son manifiestamente supracomunitarios, lo cual, justifica la intervención estatal (SSTC de 17 de octubre de 1996 y de 26 de junio de 1995).

(33) ZAMBONINO PULITO (2001: pp. 92-96).

(34) LÓPEZ RAMÓN (2005: pp. 183-198). VELASCO CABALLERO (1994: pp. 77 y ss.). CANOSA USERA (1996: p. 104), expresa que de la interpretación sistemática de los artículos 9.2 y 45 CE, se infiere la necesaria intervención, en la vida económica y social, de los poderes públicos, removiendo los obstáculos que dificultan la consecución de los objetivos medioambientales recogidos en el artículo 45 CE.

Consideramos que en este punto, conviene discriminar el nivel de gravedad de los incidentes medioambientales que pueden tener lugar en la mar, pues en coherencia con la opinión sostenida por buena parte de la doctrina (35), si aquéllos en atención a su entidad son calificados como catástrofes, debieran encuadrarse en el ámbito de la protección civil, y no desde luego, en el de la marina mercante; sin embargo, si el siniestro provoca contaminación marina sin riesgo mayor para las personas o bienes, el título competencial prevalente ha de ser el de la preservación del medio ambiente, pues este es el bien jurídico protegido.

- Señala el Tribunal Constitucional que existen determinadas actividades relacionadas con la limpieza de buques y descarga de lastre que, aunque evidentemente tengan incidencia en el medio ambiente marino, pueden encontrar asimismo su *acomodo natural* en el título de marina mercante.

Las actividades citadas, constitutivas de la denominada *contaminación operacional* no son inocuas, pues indefectiblemente repercuten, en mayor o menor grado, en el medio marino, por lo cual, el conflicto de intereses entre las operaciones ordinarias de limpieza de tanques, descarga de lastre, pérdidas ligeras de combustible, etc., de los buques, y la protección medioambiental, parece que habría de resolverse considerando a esta última como el interés digno de mayor tutela y protección (36).

- Por último, la referencia que se hace en el primer inciso del art. 6.1.f) LPEMM a *la prevención de la contaminación producida desde buques, plataformas fijas y otras instalaciones que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción*, según declara el Tribunal Constitucional, no resulta contraria a la competencia sobre vertidos de las Comunidades Autónomas recurrentes. La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de vertidos al mar, añade el Tribunal Constitucional, se limita a los realizados desde tierra, y no a los que se llevan a cabo desde el mar, pues los preceptos estatutarios sobre la materia se refieren al mar territorial como lugar de recepción de los vertidos, no como

(35) SANZ LARRUGA (2006b: p. 608). GARCÍA PÉREZ (2006: pp. 248 y 249). MEILÁN GIL (2005: p. 42). OCHOA MONZÓ (2005: p. 160), expresa que en el fondo, la respuesta ante todo tipo de emergencias debe tener un encaje natural en la Protección Civil, por lo que se pueden superar determinadas inercias legislativas.

(36) ALENZA GARCÍA (2006: p. 309), afirma rotundamente, que incluir la prevención de la contaminación en el título material de la marina mercante se ha considerado un tanto excesivo, dado que su *acomodo natural* y el título prevalente es, a todas luces, el del título competencial de la protección ambiental.

origen de éstos (STC de 4 de julio de 1991, FJ 7.A.h). Los vertidos realizados desde el propio mar, son competencia del Estado y por tanto, pueden ser calificados por éste, a los efectos de la distribución interna de sus competencias como marina mercante, máxime cuando no se trata de una calificación artificial sino que responde al concepto de marina mercante existente con anterioridad a la Constitución (37). Con independencia de la calificación que merezca la concepción del Tribunal Constitucional, apegada al territorio *estricto sensu*, que se refleja en las SSTC de 19 de febrero de 1998 y de 4 de julio de 1991 (sobre la Ley de Costas) (38), en alguna doctrina constitucional parece admitirse que por razones de unidad y continuidad, el mar territorial forma parte del territorio autonómico (39) (SSTC de 22 de enero de 1998, FJ 3; y de 18 de enero de 2001, FJ 9). Así, en la STC de 18 de enero de 2001, se analizó la constitucionalidad del artículo 6.d) de la entonces cuestionada Ley 6/1993, de 11 de mayo, de Pesca de Galicia, que atribuía a la Comunidad Autónoma, competencia en materia de conservación y mejora de los recursos pesqueros, y dentro de aquélla en concreto, sobre el *establecimiento de zonas de interés especial pesquero, marisqueo y acuicultura*; en relación con su artículo 5, el cual, amparaba la aplicabilidad de dicha Ley, al *mar territorial y la porción de la zona económica exclusiva española del litoral de Galicia para el marisqueo y la acuicultura marina*. El Tribunal Constitucional, al delimitar las materias «marisqueo» y «pesca marítima», indicó que *no puede realizarse circunscribiendo la primera a su ejercicio con artes tradicionales en el ámbito de las aguas interiores, pues ello implicaría una restricción cierta de su ámbito material, concluyendo que el inciso «marisqueo o de acuicultura», incluido en el segundo párrafo del artículo 6.d), no vulnera las competencias del Estado, pues la Comunidad Autónoma de Galicia tiene competencia, «ex» art. 27.15 EAG, para el establecimiento de zonas de especial interés para el «marisqueo o la acuicultura».*

Pese a la existencia de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley de Costas (40), que limita taxativamente la

(37) ZAMBONINO PULITO (2001: p. 94), la autora asevera que es este argumento en donde se encuentra la auténtica razón de que la protección del medio marino haya de ser incluida en el concepto, y por ende en el título competencial, de marina mercante.

(38) En la STC de 4 de julio de 1991 (FJ 7 A.a.b'), se expresa de modo contundente que *es obvio que la competencia autonómica sobre la ordenación del territorio no se extiende al mar*. FAJARDO SPÍNOLA (1992: pp. 235-238).

(39) GONZÁLEZ GARCÍA (2002: pp. 68 y 69).

(40) Añadido por el artículo 120.6 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre).

competencia autonómica sobre ordenación territorial y del litoral al ámbito terrestre del dominio público marítimo-terrestre, *sin comprender el mar territorial y las aguas interiores*, consideramos que en materia de vertidos al medio marino, sea cual sea el origen de la contaminación, el dilema sobre la concurrencia competencial, ha de resolverse en favor del título prevalente, que es el medioambiental.

Además, en lo atinente a la posible extensión de las competencias territoriales a las aguas interiores, la STC de 26 de junio de 1995 (sobre la Ley estatal 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres), reconoce la competencia de las Comunidades Autónomas para la declaración de espacios protegidos en los bienes del dominio público marítimo, dado que según se afirma, *es opinión pacífica que la titularidad del dominio público no confiere, por sí misma, competencia alguna. Tampoco tiene tal virtud taumatúrgica la importancia de estos bienes para el interés general, valor colectivo donde estriba el fundamento de su calificación jurídica como públicos y de la adscripción de su dominio al Estado. Es la naturaleza jurídica de la actividad el único criterio válido para juzgar de su idoneidad constitucional. No hay por qué repetir lo dicho más arriba. La esencia de la declaración como acto ejecutivo no puede quedar desvirtuada por factores ajenos e inoperantes como son los topográficos* (FJ 20). Añadiéndose en cuanto a la declaración y gestión de los espacios naturales protegidos (FJ 19), que *los espacios naturales tienden a no detenerse y mucho menos a coincidir con los límites de las Comunidades Autónomas. Pero ello no es suficiente para desplazar la competencia de su declaración y gestión al Estado so pena de vaciar o reducir la competencia autonómica en la materia. La circunstancia, pues, de que un espacio natural de una Comunidad Autónoma se prolongue más allá de los límites territoriales de la misma podrá dar lugar a mecanismos de cooperación y coordinación, pero sin alterar la competencia de aquélla para declarar y gestionar dichos espacios.*

En la STC de 10 de febrero de 1994 (41) (sobre la Ley murciana 3/1987, de Protección y Armonización de Usos del Mar Menor), el Tribunal Constitucional se decanta de modo implícito por la extensión de las competencias territoriales a las aguas interiores cuando afirma que *es incuestionable que los preceptos impugnados se refieren a un espacio físico parcialmente perteneciente al dominio público del Estado; también lo es que algunos de sus contenidos inciden en la*

(41) STC de 10 de febrero de 1994. Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer. RTC 1994/36.

protección del medio ambiente pero ello no significa que invadan, sólo por ello, las competencias estatales mencionadas (FJ 5).

Partiendo de un concepto de litoral amplio, así como de la aceptación del posible ejercicio de competencias autonómicas en las aguas interiores y en el mar territorial, la consecuencia inmediata es postular la conveniencia de la implantación de sistemas de gestión integrada de zonas costeras, tanto de los elementos ubicados en tierra firme como en mar, cuyo eje fundamental podría girar en torno a las Comunidades Autónomas litorales (42).

(42) SANZ LARRUGA y DOMÉNECH QUESADA (2010: pp. 3-36). Esta obra formula una avanzada propuesta que persigue facilitar la implantación de gestión integrada de zonas costeras denominadas de *segunda generación*, en las cuales, se considera la integración tanto de los elementos ubicados en tierra firme como en mar.

En particular, la que se denomina *gestión integrada de primera generación*, se basa, en el modelo de *gestión por procesos*, pp. 8 y 9, es decir, en la constitución de unidades de gestión integradas con otras de orden superior e inferior. Las decisiones de una unidad de gestión deberán ser compatibles con las especificaciones y requisitos de la unidad de gestión de orden superior. Existe pues una *ordenación jerárquica*, debiendo adaptarse los sistemas de gestión conforme se vayan implementando. La unidad de gestión óptima recomendada es la región o Comunidad Autónoma costera, a la cual estarían subordinadas las unidades de gestión provinciales, y a estas las municipales, las mancomunidades de municipios o las unidades de gestión singulares (bahías, deltas, comarcas, reservas marinas pesqueras...). Dentro de cada unidad de gestión geográfica se podrán elegir *unidades homogéneas de gestión (Homogeneous Environmental Management Units)*, o áreas homogéneas con características similares (según su grado de conservación natural, por ejemplo).

En la siguiente fase del proceso de implementación de gestión integrada de las zonas costeras, denominada de *segunda generación*, se trataría de incluir en el sistema las actividades puramente marítimas (pesca, transporte marítimo, reservas marinas, etc.).

GARCÍA SANABRIA, GARCÍA ONETTI, y BARRAGÁN MUÑOZ (2011: p. 4), los responsables del informe apuntan que el Plan Territorial Sectorial de Protección y Ordenación del Litoral del País Vasco (aprobado por el Decreto 43/2007), es el único instrumento de ordenación del litoral en España cuyo ámbito de aplicación incluye el medio marino. Con el objetivo de proponer una ordenación de la franja litoral mediante la regulación de los usos y actividades, identifica unidades homogéneas y les asigna una de las categorías de ordenación definidas en las Directrices de Ordenación del Territorio. El citado Plan, establece criterios de protección, mejora y conservación de los recursos naturales costeros y proporciona directrices para regular el uso público en la zona de costa de suelo no urbanizable. En el ámbito marino, el Plan opta por definir sectores de planificación y directrices orientativas de los usos a desarrollar en las mismas, identificando usos preferentes y excluyendo otros usos en algunos de los sectores de planificación. El área de actuación del plan incluye la franja de anchura de 500 metros a partir del límite de la ribera del mar. Además, se hace extensible a los márgenes de los ríos hasta donde llega la influencia de las mareas.

NAVARRO ORTEGA (2011: pp. 365-397). MENÉNDEZ REXACH (2010: pp. 135-185). ZAMORANO WINES (2010: pp. 191-197).

BLASCO DÍAZ (2010: p. 257, nota al pie núm. 20), explica que la planificación integral del litoral es una idea que nació en la Unión Europea con el fin de dar respuesta a los problemas medioambientales y los conflictos de intereses que convergen en la franja litoral, buscando

C) Salvamento marítimo

Las Comunidades Autónomas de Cataluña y Galicia, impugnaron la inclusión del *salvamento marítimo* en el concepto de marina mercante efectuada por vía del artículo 6.1.e) LPEMM, si bien, los argumentos utilizados por dichas Comunidades en defensa de sus respectivos intereses tuvieron un fundamento diferente. Así, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, se entendió que cabía la inclusión preferente del salvamento marítimo en la materia de seguridad y protección civil; en tanto que por la Xunta de Galicia, se esgrimió que comoquiera que los Estatutos de Autonomía habían atribuido a las Comunidades Autónomas del litoral la ejecución de la legislación del Estado en materia de salvamento marítimo, no podía éste atribuirse competencia exclusiva sobre ella mediante su inclusión en el concepto de marina mercante.

Las diversas Comunidades Autónomas costeras han asumido en sus Estatutos de Autonomía como competencia exclusiva, la ejecución de la legislación del Estado en materia de salvamento marítimo en las aguas de su litoral (43), correspondiendo al Estado la potestad legislativa plena, atribución esta, que justifica la facultad estatal de coordinación (SSTC de 4 de mayo de 1982, FJ 3; y de 8 de junio de 1988 (44), FJ 2).

La STC de 19 de febrero de 1998 (FJ 52), afirma que no pueden identificarse salvamento marítimo y seguridad pública, justificando su inclusión en

un enfoque territorial integrado. Ello se ha concretado en la denominada Gestión Integral de las Zonas Costeras (GIZC), como herramienta para lograr un desarrollo sostenible del litoral y una coordinación en el trato que se le dispensa por las diferentes instancias territoriales. Por ello recomienda a los Estados miembros un enfoque estratégico e integrado de la gestión de sus zonas costeras a través de la Recomendación 2002/413/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de mayo de 2002, sobre la aplicación de la Gestión Integrada de las Zonas Costeras en Europa, donde se describen los pasos que los Estados miembros deberían seguir para desarrollar estrategias nacionales de GIZC, enfoque que debe basarse, entre otros elementos, en la protección del entorno costero, la aplicación de medidas de protección del litoral, de su patrimonio cultural, y la mejora de la coordinación de tales medidas.

(43) Estatuto de Autonomía del País Vasco, LO 3/1979, de 18 de diciembre (artículo 12.10); Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, LO 5/1982, de 1 de julio (artículo 51.6); Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, LO 4/1982, de 9 de junio (artículo 12.11); Estatuto de Autonomía de Cantabria, LO 8/1981, de 30 de diciembre (artículo 26.12); Estatuto de Autonomía de Asturias, LO 7/1981, de 30 de diciembre (artículo 12.11); Estatuto de Autonomía de Andalucía, LO 2/2007, de 19 de marzo (artículo 66.2); Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, LO 2/1983, de 25 de febrero, reformado por LO 1/2007, de 28 de febrero (artículo 12.11); Estatuto de Autonomía de Galicia, LO 1/1981, de 6 de abril (artículo 29.3); Estatuto de Autonomía de Cataluña, LO 6/2006, de 19 de julio (artículo 132.3); y Estatuto de Autonomía de Canarias, LO 10/1982, de 10 de agosto (artículo 33.9):

(44) STC de 8 de junio de 1988. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. RTC 1988/104.

la noción *marina mercante*, a la cual, se afirma que *ha estado históricamente vinculado*, añadiendo que (FJ 51), *el hecho de que a los efectos de la Ley se califique el salvamento marítimo como marina mercante no supone, por sí solo y sin más, la exclusión de las competencias autonómicas sobre la materia...es perfectamente posible, por tanto, un entendimiento del artículo 6.1, e) LPMM conforme con el orden constitucional de competencias, en el sentido de que la inclusión de la materia de salvamento marítimo entre las facultades del Estado sobre marina mercante no implica la asunción por parte de éste de las competencias ejecutivas que, en la primera de dichas materias, han asumido los señalados Estatutos de Autonomía.*

Desde esta perspectiva, resulta perfectamente trasladable a este supuesto la doctrina contenida en la STC de 19 de julio de 1990 sobre la protección civil, en la que se señaló que *la competencia autonómica sobre esta materia «se encuentra con determinados límites, que derivan de la existencia de un posible interés nacional o supracomunitario que pueda verse afectado por la situación de catástrofe o emergencia: Bien por la necesidad de prever la coordinación de Administraciones diversas, bien por el alcance del evento (afectando a varias Comunidades Autónomas) o bien por sus dimensiones, que pueden requerir una dirección nacional de todas las Administraciones Públicas afectadas y la aportación de recursos de nivel supracomunitario.*

Y, como consecuencia, e íntimamente en relación con tal posibilidad, no pueden negarse al Estado las potestades necesarias para obtener y salvaguardar una coordinación de distintos servicios y recursos pertenecientes a múltiples sujetos, así como (si fuera necesario) para garantizar una dirección y organización unitarias: Esto es, tanto competencias de tipo normativo (disponiendo e instrumentando técnicas de coordinación) como de tipo ejecutivo, asumiendo las instancias estatales tareas de dirección. Las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas encuentran, pues, su límite en la política de seguridad pública que la Constitución reserva al Estado en su art. 149.1.29.º, en cuanto tal seguridad pública presenta una dimensión nacional, por la importancia de la emergencia, o por la necesidad de una coordinación que haga posible prevenir y, en su caso, reducir los efectos de posibles catástrofes o emergencias de alcance supraautonómico» (fundamento jurídico 6.º).

El resultado final es claro, si las competencias autonómicas en materia de salvamento marítimo, hallan su límite en la política de seguridad pública, parece que el servicio público de salvamento de la vida humana en el mar, puede ser prestado por la Administración del Estado y por la correspondiente Comunidad Autónoma de acuerdo con el principio de coordinación (45).

(45) MEILÁN GIL (2005: pp. 38 y 39).

De acuerdo con la línea argumental que hemos seguido respecto a la protección medioambiental, y teniendo en cuenta que del propio tenor del artículo 264 TRLPEDM (*Del servicio público de salvamento*), se desprenden evidentes conexiones materiales con los servicios de protección civil, parece necesaria la integración de las catástrofes marítimas en los postulados básicos con los que opera el servicio público de protección civil, para lo cual, se necesitaría una modificación legislativa a nivel estatal, que no debe olvidar las competencias de las Comunidades Autónomas tanto sobre el salvamento marítimo como sobre la propia protección, lo que depende de la propia emergencia, de su alcance real o previsible (46).

4. La concurrencia competencial en materia de protección civil

Las tres esferas territoriales existentes en España tienen competencias en materia de protección civil, lo que acentúa la necesidad de cooperación y coordinación. Siniestros como el del buque *Prestige* pusieron de manifiesto la ausencia de mecanismos de coordinación y cooperación en un Estado caracterizado por su descentralización territorial y por un reparto competencial que obliga al establecimiento de dichos mecanismos (47).

El Estado, en el marco de la seguridad pública (artículo 149.1.29º CE), promulgó en 1985 la LPC y en 1992 la Norma Básica de Protección Civil (48), que contiene las directrices para la elaboración de los planes territoriales y especiales en la materia. Las Comunidades Autónomas en virtud de sus Estatutos, han promulgado leyes de distinto alcance y los municipios, en ejercicio de sus competencias, han aprobado ordenanzas y planes (49).

Algunos Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas competencia exclusiva en materia de protección civil, introduciendo una cláusula de salvaguarda de la competencia estatal al expresar que la referida competencia ha de ejercerse en el marco de la normativa estatal sobre seguridad pública (50).

(46) OCHOA MONZÓ (2006: pp. 283-291).

(47) NOGUEIRA LÓPEZ (2004: p. 4), afirma que en un primer momento la gestión de la crisis fue asumida en exclusiva por la Administración central en virtud de su competencia en materia de marina mercante y, en consecuencia, de una presunta activación del Plan Nacional de Contingencias.

(48) Mediante el Real Decreto 407/1992, de 14 de abril (BOE núm. 105, de 1 de mayo).

(49) MENÉNDEZ REXACH (2011a: p. 55).

(50) Así se establece, en el artículo 132 de la LO 6/2006, de 19 de julio, que reformó el EA de Cataluña (Emergencias y Protección Civil), atribuye a la Generalitat de Cataluña *la competencia exclusiva en materia de protección civil... respetando lo establecido por el Estado*

En particular, sobre la corrección técnico-jurídica de la posibilidad autonómica de asumir la competencia exclusiva en materia de protección civil, con la introducción de la reserva correspondiente al Estado en lo que pudiera afectar a la seguridad pública, se ha pronunciado la STC de 28 de junio de 2010 (FJ 78), que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la LO 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, declarando ajustado a la Constitución el artículo 132.1 del Estatuto Catalán, en el cual, se atribuía a la Generalidad competencia exclusiva en materia de protección civil.

El artículo 132 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (*Emergencias y protección civil*), atribuye a la Generalitat en su apartado 1 la *competencia exclusiva en materia de protección civil, que incluye, en todo caso, la regulación, la planificación y ejecución de medidas relativas a las emergencias y la seguridad civil, así como la dirección y coordinación de los servicios de protección civil, que incluyen los servicios de prevención y extinción de incendios, sin perjuicio de las facultades en esta materia de los gobiernos locales, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de sus competencias en materia de seguridad pública*. Los recurrentes alegaban que el silencio de los artículos 148 y 149 CE en materia de protección civil, no significa que las Comunidades Autónomas puedan asumirla como competencia exclusiva, según resulta de las SSTC de 18 de diciembre de 1984; y de 19 de julio de 1990 (Antecedentes de Hecho, núm. 70).

El TC declaró que como ya había expresado con anterioridad *en la materia específica de protección civil, se producen unas competencias concurrentes del Estado (en virtud de la reserva del art. 149.1.29) y de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en sus Estatutos en virtud de habilitaciones constitucionales*, por lo que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en esta materia, aunque estén subordinadas a *las superiores exigencias del interés nacional en los casos en que éste pueda entrar en juego (51)* (SSTC de 19 de julio de 1990, FFJJ 5 y 6; y en la misma línea,

en el ejercicio de sus competencias en materia de seguridad pública. De la misma forma, el artículo 49.3.13 de la EA de la Comunidad Valenciana, después de la reforma operada por la LO 1/2006, de 10 de abril, también considera *competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado*, la protección civil y seguridad pública. En la misma tónica, el artículo 66 de la LO 2/2007, de 19 de marzo, que modifica el EA de Andalucía, expresa que *corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de protección civil... respetando las competencias del Estado en materia de seguridad pública*.

(51) Esta doctrina resulta contradictoria con la mantenida por el TC con anterioridad, el cual, afirmaba de modo categórico justo lo contrario, esto es, que la seguridad pública era competencia exclusiva del Estado sin que cupiera excepción alguna. En efecto, la STC

la de 4 de junio de 1998, FJ 13). El precepto estatutario impugnado, expresa el TC, es acorde con el orden constitucional de distribución de competencias, pues como evidencia su propio tenor, reconoce la indicada competencia estatal al proclamar que la competencia de la Generalitat debe respetar *lo establecido por el Estado en ejercicio de sus competencias en materia de seguridad pública*.

Los municipios tienen atribuidas competencias en materia de protección civil, prevención y extinción de incendios en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas (artículo 25.2.c de la Ley de Bases del Régimen Local, LBRL). El artículo 25.1 de la LBRL, como precisa BARCELONA LLOP (2007: pp. 147-193), consagra una cláusula general de competencia municipal, al afirmar que el Municipio, *para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal* (52), si bien, dicha cláusula no opera en materia de protección civil, en la cual, la propia LBRL reconoce al Municipio la posibilidad de actuar. La medida que acota los límites competenciales del municipio es la legislación estatal y autonómica, en cuyo marco el artículo 25.2.c) LBRL dispone que *el Municipio ejercerá en todo caso*, competencias en el sector de la protección civil, mención de la que cabe deducir que las leyes deben atribuir competencias a todos los municipios, sin excepción en materia de protección civil, pero ha de tomarse en consideración que las desigualdades reales y efectivas entre municipios impiden un tratamiento uniforme, sobre todo en municipios con un pequeño núcleo de población, de ahí que, sería un error la atribución indiferenciada de funciones de protección civil que en la mayor parte de los casos ha de quedar en papel mojado por pura y simple imposibilidad material de cumplimentarlas.

La prestación de los servicios de protección civil, de conformidad con el criterio demográfico acogido legalmente, son obligatorios en los municipios de población superior a 20.000 habitantes (artículo 26.1.c), y precisamente dicha obligatoria conlleva una asignación implícita de la correspondiente competencia, en el amplio espectro de la realización de actividades de protección

104/1989, de 8 de junio (FJ 3), afirma que *es claro, conforme al tenor literal del art. 149.1.29 de la C.E., que la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública no admite más excepción que la que derive de la creación de las policías autónomas...*, posición esta que lleva a deducir que si la protección civil forma parte de la seguridad pública, aquella materia es competencia exclusiva estatal.

(52) SOSA WAGNER (1987: p. 107), recuerda que la fórmula estampada en el artículo 25.1 LBRL guarda marcado paralelismo con la cláusula contenida en el Derecho alemán y referida a la competencia universal de los Municipios para todas las cuestiones relacionadas con la colectividad local, entendidas estas como las necesidades que los vecinos no pueden procurarse por sí mismos.

civil que pudieran derivarse de las funciones de prevención, planificación, intervención y rehabilitación (53). Los municipios obligados a la prestación del servicio, pueden encomendar su gestión a la Comunidad Autónoma, en cuyo caso están obligados a contribuir a su financiación. Los no obligados pueden solicitar la asistencia de la Diputación Provincial o de la Comunidad Autónoma, habiéndose constituido consorcios, en algunos casos, para la prestación de este servicio (54).

El artículo 21.1.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, atribuye al Alcalde la potestad de adoptar ante infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas, dando cuenta inmediata al Pleno. En este mismo escalón municipal, la legislación de protección civil ha señalado que el municipio debe aprobar su propio Plan Territorial de protección civil, debiendo ser homologado por la Comisión de Protección Civil de la Comunidad Autónoma (artículo 10.1 LPC).

III. ELEMENTOS BÁSICOS DEL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN CIVIL: LAS FUNCIONES DE LA PROTECCIÓN CIVIL

A la vista de la doctrina del TC respecto a la distribución de competencias en materia de protección civil, entre el Estado, CCAA y las Entidades Locales, se ha desarrollado un elenco muy numeroso de normas de diverso rango relativas a la protección civil y a la gestión de emergencias, emitidas por cada una de las respectivas Administraciones (existen cientos de normas, planes y directrices), lo cual, ha propiciado una gran dispersión normativa. Ante este panorama, nuestra intención no es analizar dicho sistema de modo exhaustivo, sino otra bastante más modesta, dado que sólo pretendemos efectuar un esbozo de sus líneas maestras, con el fin de poder valorar determinadas cuestiones concernientes a la participación en el mismo de las Fuerzas Armadas.

Existen dos problemas prácticos fundamentales que subyacen en cualquier modelo organizativo diseñado para lograr la efectividad de la protección civil, por un lado, la articulación de la pluralidad de los medios materiales y humanos que han de ser movilizados, por otro lado, la irremediable indefinición de los

(53) *Ibid.*, p. 160, expresa que no está claro que diferencias deben existir entre los municipios de más de 20.000 habitantes y los de censo inferior por la sencilla razón de que no sabemos cuál es el contenido esencial funcional del servicio de protección civil. Intuitivamente, podemos afirmar que lo lógico será que aquéllos municipios cuenten con un plan propio de protección civil y con una estructura administrativa estable e incluso con centros de gestión de emergencias, pero nada hay seguro en este terreno.

(54) MENÉNDEZ REXACH (2008: p. 11).

riesgos a los que resulta necesario enfrentarse. A ambas cuestiones capitales, hace referencia la Exposición de Motivos de la LPC al expresar que *la extraordinaria heterogeneidad y amplitud de las situaciones de emergencia, así como de las necesidades que general y de los recursos humanos y naturales que han de ser movilizados para hacerles frente convierten a la protección civil, en primer lugar y esencialmente en un problema de organización.*

1. La previsión y prevención del riesgo

Según indica el Preámbulo del RD 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprobó la Norma Básica de Protección Civil, las funciones fundamentales de la protección civil son: la previsión, la prevención, la planificación, la intervención y la rehabilitación.

La previsión y prevención de riesgos son dos funciones esenciales de la protección civil, sustancialmente complementarias. La previsión es la fase dedicada a la delimitación espacial y temporal del riesgo, por ello, remite esencialmente a todo el conjunto de acciones esencialmente de obtención de información y recopilación de datos, y la actuación de métodos esencialmente técnicos que permitan, por una parte, la identificación de riesgos en un determinado espacio y, por otra, el análisis de los mismos. Las medidas preventivas se hallan menos desarrolladas en relación con las catástrofes naturales que respecto a las de origen antrópico, pues en estas últimas existe lógicamente, una mayor capacidad de control de las actividades generadoras del riesgo que en las primeras (55).

La previsión se traduce básicamente en el análisis del riesgo, a lo que pueden concurrir las distintas Administraciones territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales), e incluso las de orden internacional (OMI). En este nivel, la tarea de identificación del riesgo es fundamental, pues permite descubrir diversas hipótesis desfavorables y prever las distintas respuestas ante las mismas, un ejemplo de ello sería el Código Internacional para la Protección de Buques e Instalaciones Portuarias (Código PBIP), que permite que los Gobiernos contratantes determinen cuando se requiere una declaración de protección marítima mediante la evaluación del riesgo que una operación de interfaz buque-puerto o una actividad de buque a buque supone para las personas, los bienes o el medio ambiente.

La prevención, a diferencia de la previsión, implica una vertiente más dinámica, remitiendo a la implementación de medidas concretas, dentro de cuya variada gama, la elección de aquélla que se considere apropiada dependerá

(55) PONTIER (1981: p. 2).

de la naturaleza de cada riesgo en concreto (56). El elemento esencial de la previsión es la finalidad de reducir el riesgo.

2. La planificación

El objeto de la Norma Básica viene constituido por la regulación de las líneas esenciales que han de observar los distintos planes de protección civil, determinando su contenido y estableciendo los criterios generales de la planificación, en aras de la consecución de la necesaria coordinación entre las Administraciones públicas (artículo 1.1).

Las dos figuras previstas en la Ley para trazar las directrices basilares del Sistema de Protección Civil español son los Planes Territoriales y los Especiales. Los primeros son elaborados por todas las entidades territoriales: CCAA, Provinciales, Supramunicipales, Insulares y Municipales, menos el Estado, para hacer frente a las emergencias generales que se pueden presentar en cada ámbito territorial mencionado (artículo 3 Norma Básica y 8 LPC). Los Planes Especiales, se diseñan por sectores de actividad, tipos de emergencia o actividades concretas.

Los Planes, en general son auténticas normas jurídicas vinculantes, los cuales, se asemejan en su naturaleza y en su sistema de homologación a los planes urbanísticos (57). En esencia, se trata de normas de ordenación orgánico-funcional que se activan ante una emergencia mediante la cual se utiliza la ciencia y la razón previsora del hombre, pues planificar es y será siempre anticipar y conformar el futuro dominando el azar y la coyuntura.

Tanto los Planes Territoriales como los Especiales, han de contener los aspectos mínimos siguientes, definidos en el artículo 9 LPC: el catálogo de recursos movilizables en casos de emergencia y el inventario de riesgos potenciales, que deberá incluir, en todo caso, el contenido del Catálogo Nacional a que se refiere el artículo quinto en el respectivo ámbito territorial; las directrices de funcionamiento de los distintos servicios que deban dedicarse a la protección civil; los criterios sobre la movilización y coordinación de recursos, tanto del sector público como del sector privado; la estructura operativa de los servicios que hayan de intervenir en cada emergencia, con expresión del mando único de las operaciones, todo ello sin perjuicio de las decisiones que deban adoptarse en cada circunstancia por las autoridades competentes; y los criterios para que los procedimientos de actuación de los diferentes servicios de intervención garanticen la asistencia necesaria a las personas con discapacidad, requisito este último, añadido por el artículo 12.2.e) de la Ley 26/2011, de

(56) OCHOA MONZÓ (2006: pp. 144 y 145).

(57) OCHOA MONZÓ (1996: p. 178).

1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (58).

El Plan Territorial de la Comunidad Autónoma, podrá tener el carácter de Plan Director, establecerá el ámbito territorial, de manera que permita la integración de los Planes Territoriales de ámbito inferior y de los especiales. Las Entidades Locales elaborarán cuando proceda y según el marco de planificación establecido en cada parte del territorio, sus correspondientes Planes Territoriales de protección civil. Los órganos competentes de la CCAA elaborarán y aprobarán el correspondiente Plan, y en el caso de los Planes Municipales, éstos serán aprobados por las Corporaciones Locales, debiendo ser homologados unos y otros, respectivamente, por el ente de base territorial superior (59).

Cada Plan Territorial ha de contemplar el establecimiento de un Centro de Coordinación Operativa (CECOP), donde se realiza la dirección y coordinación de todas las operaciones (artículo 4 Norma Básica), disponiendo de un sistema de enlace con los otros Centros de la Administración en que se integre el Plan. Todo CECOP podrá funcionar, en su caso, como Centro de Coordinación Operativa Integrado (CECOPI), en el que se integran los mandos de las diferentes Administraciones, tanto para la dirección y coordinación de la emergencia como para la transferencia de responsabilidades.

Los Planes Especiales podrán tener por objeto, en los ámbitos territoriales que lo requieran, al menos, los riesgos siguientes (artículo 6):

- Emergencias nucleares.
- Situaciones bélicas.
- Inundaciones.
- Seísmos.
- Químicos.
- Transportes de mercancías peligrosas.
- Incendios forestales.
- Volcánicos.

Estos Planes Especiales se elaboran de acuerdo con las Directrices básicas relativas a cada riesgo (60), que establecerán los requisitos mínimos sobre

(58) BOE núm. 184, de 2 de agosto.

(59) PELÁEZ MARTÍNEZ (2011: p. 634), afirma que como regla general, prevalecen los Planes supramunicipales sobre los municipales, concentrándose ambos en pequeñas localidades de menos de 5.000 habitantes.

(60) Directriz Básica de Planificación de protección Civil de Emergencia por Incendios Forestales (aprobada por Real Decreto de 15 de noviembre de 2013, BOE núm. 293, de 7 de diciembre); Directriz Básica de Planificación de Protección Civil ante el Riesgo de Inundaciones (aprobada por Resolución de 31 de enero de 1995, BOE núm. 38, de 14 de

los fundamentos, estructura, organización, criterios operativos, medidas de intervención e instrumentos de coordinación que deben cumplir los respectivos Planes Especiales. Dichas Directrices determinan el ámbito de estos Planes, que puede ser estatal, supraautonómico o autonómico (artículo 7.2 Norma Básica). Como puede colegirse de lo anteriormente expuesto, al momento presente no existe Directriz alguna que regule los supuestos de los transportes de mercancías peligrosas por mar, quedando la Comisión Nacional de Protección Civil al margen de este tipo de contingencias, lo cual, no parece tener razón lógica alguna (61).

3. La intervención

El tenor del Preámbulo de la Norma Básica expresa que la intervención consiste en *las diferentes actuaciones encaminadas a proteger y socorrer la vida de las personas y sus bienes*, lo cual, nos sitúa en el nivel operativo, pues conlleva la implementación de un conjunto de acciones coordinadas que se desarrollan por los poderes públicos conforme a los correspondientes Planes de actuación.

La respuesta ante la emergencia, aunque no necesariamente, puede convertirse en escalonada si como hemos señalado el grado aquélla va creciendo en intensidad, lo cual presupone la activación de Planes de menor a mayor ámbito territorial.

Hay que destacar el mayor peso de la competencia autonómica en el sentido de que jurídicamente y de hecho, las CCAA asumen la mayor parte de los instrumentos de planificación e intervención en materia de protección civil y gestión de emergencias puesto que aquéllas reúnen todos los medios propios y ajenos, de todas las Administraciones públicas ubicadas en su ámbito.

febrero); Directriz Básica de Protección Civil ante el Riesgo Sísmico (aprobada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de abril de 1995, mediante Resolución de 17 de septiembre de 2004, se ordenó la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2004, por el que se modificó la Directriz, BOE, núm. 238, de 2 de octubre); Directriz Básica de Planificación de Protección Civil ante el Riesgo Volcánico (aprobada por Resolución de 21 de febrero de 1996, BOE núm. 55, de 4 de marzo); Directriz Básica de Planificación de Protección Civil ante el riesgo de accidentes en los transportes de mercancías peligrosas por carretera y ferrocarril (aprobada por Real Decreto 387/1996, de 1 de marzo, BOE núm. 71, de 22 de marzo); Directriz Básica de Protección Civil para el control y planificación ante el riesgo de accidentes graves en los que intervienen sustancias peligrosas (aprobada por Real Decreto 1196/2003, de 19 de septiembre, BOE núm. 242, de 9 de octubre); Directriz Básica de Protección Civil ante el riesgo radiológico (aprobada mediante Real Decreto 1564/2010, de 19 de noviembre, BOE núm. 281, de 20 de noviembre).

(61) GARCÍA PÉREZ (2011: p. 448).

El funcionamiento genérico del conjunto de planes territoriales y especiales, en virtud de la aplicación de la normativa básica y las directrices estatales, conlleva que ante un supuesto de protección civil o emergencia, según los daños sobre personas, bienes y medio ambiente, los distintos niveles, situaciones o fases de emergencia, pueden clasificarse en los siguientes:

- Fase de preemergencia. Se produce ante un riesgo previsible que podría desencadenar una situación de emergencia, hallándose todos los medios y recursos en alerta. Esta fase de preemergencia o alerta se caracteriza por la existencia de información sobre la posibilidad de acaecimientos futuros que pudieran llegar a constituir una catástrofe.
- Fase de emergencia:
 - Nivel o situación 0. Existiría cuando las informaciones recibidas permiten prever la inminencia suceso dañoso.
 - Nivel o situación 1 (local). En esta fase la dirección y coordinación es local, y los Servicios Municipales se hallan movilizados y actuando, los medios y recursos provinciales colaborando, activado el Centro de Coordinación Operativa Local y en alerta los Centros de Coordinación de Emergencias regional y provincial. La dirección y coordinación es provincial, y los Servicios Municipales actúan integrados en los provinciales, los medios y recursos provinciales movilizados y actuando, estando activado el Centro de Coordinación de Emergencias regional.
 - Nivel 2 o situación 2 (regional). En ésta, la dirección y coordinación es regional, y los Servicios Municipales y Provinciales integrados en los Regionales, los medios y recursos regionales o grupos de acción se hallarían movilizados y actuando. En esta situación estarían activados el Centro de Coordinación Operativa Regional y el Plan Territorial Autonómico.
 - Nivel 3 o situación 3 (estatal). Tendría lugar en los casos en que por las dimensiones efectivas o previsibles de la emergencia esté presente el interés nacional y así se haya declarado por el Ministro del Interior (artículo 9.1 Norma Básica), por concurrir alguno de los requisitos contemplados en el artículo 1.2 de la Norma Básica.

Desde la perspectiva de la consecución de la eficacia en las operaciones, nos parece sumamente razonable la postura de OCHOA MONZÓ (2006: p. 277), cuando afirma que fuera de los supuestos en que parece existir *per se*, la declaración de interés nacional de la emergencia, ésta debe producirse en las situaciones previstas en la Norma Básica, si bien, en función de su desarrollo, ha de dejarse a las CCAA el primer momento de activación e intervención; así como de coordinación y dirección, desde la base de que la autoridad más

cercana a la catástrofe puede responder mejor a la misma. Como destaca IZU BELLOSO (2009: p. 340), si el efecto de la declaración de interés nacional es que por las autoridades competentes se disponga la aplicación del plan correspondiente bajo la dirección y coordinación de la Administración del Estado (salvo que exista delegación a favor de los órganos autonómicos o locales), a *sensu contrario*, en ausencia de dicha declaración la atención de la emergencia recaerá en la Administración autonómica o local correspondiente.

4. La rehabilitación o normalización

En esta fase quedan englobadas todas las acciones que los poderes públicos e instituciones públicas y privadas, desarrollan para la vuelta a la normalidad del funcionamiento de los servicios públicos esenciales, así como las emprendidas para reparar los daños causados por la emergencia, tanto física como jurídicamente; e indemnizarlos, con independencia de que se haya o no desactivado formalmente el Plan correspondiente.

Puede constatarse la ausencia de norma específica alguna en la LPC, que desarrolle la función relativa a la reparación e indemnización. Las razones de esta omisión quizá obedezcan, como apunta Jordano Fraga, a criterios histórico-realistas, dado que en el momento de la promulgación de la LPC, la regulación sobre reparación de los daños catastróficos ya existía y era satisfactoria; o a un motivo de orden estructural, pues la Protección Civil, como servicio público se basa fundamentalmente en la planificación (62).

El artículo 4.º del RD 407/1992, de 24 de abril, Norma Básica de Protección Civil, dispone que los Planes Territoriales y los Especiales han de incluir *procedimiento para valorar los daños producidos en la catástrofe, para determinar los equipamientos y suministros necesarios para atender a la población*, en tanto que la letra o) de aquél precepto señala que los Planes deben determinar *las medidas reparadoras, referidas a la rehabilitación de los servicios públicos esenciales, cuando la carencia de estos servicios constituya por sí misma una situación de emergencia o perturbe el desarrollo de las operaciones*.

Aunque de forma parcial, la regulación general de la acción administrativa relativa a dicha función, se contiene en el Real Decreto 307/2005, de 18 de marzo, por el que se regulan las subvenciones en atención a determinadas necesidades derivadas de emergencia o de naturaleza catastrófica, y se establece el procedimiento para su concesión (63), modificado por el Real

(62) JORDANO FRAGA (2000: pp. 178 y 179).

(63) BOE núm. 67, de 19 de marzo.

El Real Decreto 307/2005, fue modificado por el RD 477/2007 (BOE núm. 90, de 14 de abril).

Decreto 477/2007, de 13 de abril, mediante el establecimiento de un sistema de ayudas económicas paliativas de la situación de necesidad en que pueden encontrarse los damnificados por los hechos desencadenantes de la situación de emergencia.

Las ayudas pueden tener carácter subsidiario respecto a cualquier otro sistema de cobertura de daños, público o privado, nacional o internacional, del que puedan ser beneficiarios los afectados, no obstante, las subvenciones pueden concederse con carácter complementario, en el supuesto de que aquellos sistemas no cubran la reparación de la totalidad de los daños y exista compatibilidad entre las ayudas (artículo 2).

Pueden ser beneficiarios de las ayudas: las unidades familiares o de convivencia económica que hayan sufrido daños personales o materiales; las Corporaciones Locales que, asimismo, acrediten escasez de recursos para hacer frente a los gastos derivados de actuaciones ante situaciones de grave riesgo o naturaleza catastrófica; las personas físicas o jurídicas que, requeridas por la autoridad competente, hayan llevado a cabo prestación personal o de bienes, a causa de una situación de emergencia (64); las personas físicas o jurídicas titulares de establecimientos mercantiles, industriales o de servicios, con menos de cincuenta empleados, cuyos locales de negocio o bienes afectos a esa actividad hubieran sido dañados directamente por los hechos derivados de la situación de emergencia o de naturaleza catastrófica; y las Comunidades de Propietarios que hayan sufrido daños en elementos de uso común que afecten a la seguridad y normal uso del inmueble, derivados de la situación de emergencia o de naturaleza catastrófica (artículo 5).

Las solicitudes se presentan según el modelo normalizado, ante la Delegación o subdelegación del Gobierno correspondiente a la provincia en que se hayan producido los hechos causantes de la solicitud, *en el plazo de un mes, contado desde el día siguiente a la fecha de terminación de tales hechos*. En el cumplimiento de este requisito temporal se evidencia un problema que no está debidamente resuelto, consistente en la ausencia de regulación sobre la declaración jurídica de inicio y finalización de la situación de emergencia.

Las citadas Delegación o subdelegación, deberán remitir el expediente acompañado de su respectivo informe, a la Dirección General de Protección Civil y Emergencias, dentro de los cinco días siguientes a la terminación del

(64) MENÉNDEZ REXACH (2011b: p. 99), pone de manifiesto que en el supuesto de la letra c) del artículo 5 del RD 307/2005, la indemnización es una exigencia de las garantías patrimoniales básicas de los ciudadanos, bien con un fundamento expropiatorio (requisa), o de responsabilidad patrimonial (prestaciones personales), y por lo tanto, tiene un significado y régimen jurídico diferente al del resto de los supuestos contemplados en dicho precepto.

plazo de presentación de solicitudes, junto con la lista de posibles beneficiarios (artículo 9). La citada Dirección, evalúa las solicitudes y dicta la correspondiente propuesta de resolución (artículo 10).

El Ministro del Interior, tras la valoración de la propuesta formulada por la Dirección General de Protección Civil y Emergencias, resolverá las solicitudes en un plazo de seis meses computados desde la fecha en que aquéllas hayan tenido entrada en el Registro de la Delegación o subdelegación del Gobierno. Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado y notificado la resolución correspondiente, la solicitud se entenderá desestimada por silencio administrativo (artículo 11).

Las ayudas concedidas pueden ser modificadas en cualquier momento, incluso aunque se haya satisfecho su importe, cuando se hubieran alterado las condiciones para la obtención de la subvención, así como cuando se hubiesen obtenido de forma concurrente con otras aportaciones para los mismos fines, y éstas superen conjuntamente el valor del daño producido (artículo 12).

El régimen general de subvenciones descrito, no ha impedido que en determinadas situaciones catastróficas, se hayan dictado disposiciones específicas (65), cuya característica común es que aparecen referidas a ámbitos territoriales y temporales limitados, pudiendo estas comprender en su ámbito de cobertura, beneficiarios no incluidos en el RD 307/2005, como por ejemplo es el caso contemplado en el RD 709/2011, de 20 de mayo, por el que se regula la concesión de una subvención directa a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para financiar actuaciones de reparación de los daños

(65) Entre las disposiciones que contienen medidas extraordinarias específicas, entre muchas otras, pueden citarse: la Orden TAP/1370/2011, de 3 de mayo, que modifica la Orden TER/1005/2010, de 22 de abril, sobre procedimiento de concesión de subvenciones para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridas en varias comunidades autónomas (BOE núm. 125, de 26 de mayo); Orden PRE/2010, de 12 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros sobre las medidas contempladas en el RD 307/2005, que regula las subvenciones en atención a determinadas necesidades derivadas de emergencia o de naturaleza catastrófica, a los damnificados por el temporal acaecido en la Península durante los primeros días de noviembre de 2010 (BOE núm. 275, de 13 de noviembre); la Orden PRE/418/2010, de 26 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de febrero de 2010, en relación con los damnificados por los episodios meteorológicos de carácter extraordinario acaecido en la Comunidad Autónoma de Andalucía durante el mes de febrero de 2010 (BOE núm. 51, de 27 de febrero); Orden PRE/1484/2009, de 8 de junio, que da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de junio de 2009, atinente a las subvenciones para determinadas necesidades derivadas de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica, a los damnificados por las tormentas y granizadas acaecidas entre los días 22 y 24 de mayo de las Comunidades Autónomas de Navarra, Aragón, Castilla y León, Extremadura y Castilla-La Mancha (BOE núm. 139, de 9 de junio).

causados en infraestructuras educativas por los movimientos sísmicos acaecidos el 11 de mayo de 2011, en Lorca (Murcia) (66).

IV. CONTAMINACIÓN ACCIDENTAL DE LOS BUQUES: PREVENCIÓN Y PLANES DE INTERVENCIÓN

La respuesta a las demandas que en la actualidad exige la seguridad marítima, requiere poner un especial acento en el estudio de las disposiciones vinculadas a la seguridad de la navegación, pues repercuten directamente en la protección del medio marino. Los grandes siniestros marítimos, aparecen conectados en múltiples ocasiones con la seguridad del buque, su correcta navegabilidad o la seguridad de la vida humana a bordo.

Esta vertiente interna, ligada a los aspectos estructurales del buque y su carga, así como a las inspecciones y controles que sobre aquéllos recaen, presenta un marcado carácter internacional, pues responde a las necesidades del medio marino, en el cual, la inexistencia física de fronteras determina la dependencia entre distintos Estados a la hora de abordar cuestiones atinentes a la seguridad de la navegación. Asimismo, constituye un dato relevante y fácilmente constatable el hecho de que lamentablemente, cada siniestro con repercusión internacional ha significado un avance normativo en materia de prevención, respuesta y reparación de los daños sufridos por consecuencia (67).

(66) BOE núm. 121, de 21 de mayo.

(67) El siniestro del *Torrey Canyon* (derrame de 120.000 tn. de crudo, en el archipiélago de las Scilly, en el año 1967), dio lugar a la aprobación de los convenios sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos y de constitución del Fondo Internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, aprobados respectivamente, en los años 1969 y 1971. El accidente del *Amoco Cádiz* (80.000 tn. en la Bretaña francesa, en 1978), impulsó en Francia la creación del CEDRE. El siniestro del petrolero *Erika* (50.000 tn. derramadas, que afectaron a la Bretaña francesa, en 1999), trajo consigo un nuevo impulso hacia una política europea de seguridad marítima, aprobándose dos paquetes de medidas comunitarias (*Erika I* y *Erika II*), que contemplaban criterios de mejora de los sistemas de prevención, de lucha contra la contaminación y de indemnización de daños. En España, el siniestro del *Agean Sea* (80.000 tn. en A Coruña, en 1992), impulsó el modelo de salvamento instaurado por la LPEMM, y propició la creación de SASEMAR. El naufragio del petrolero *Prestige* (unas 63.000 toneladas. derramadas que afectaron a las costas comprendidas entre el norte de Portugal y las Landas en Francia, con especial incidencia en Galicia y en la cornisa cantábrica, en el año 2002), propició entre muchas otras las siguientes medidas:

La suscripción por España de tres Declaraciones Conjuntas, firmadas respectivamente con Alemania, Francia y Portugal, sobre cooperación en materia de seguridad marítima en relación con la contaminación procedente de buques.

El Consejo de Ministros de Telecomunicaciones Transportes y Energía de la UE, celebrado el 6 de diciembre de 2002, aprobó por unanimidad unas conclusiones que incluían entre

Para paliar el problema de la falta de control efectivo por parte de algunos Estados del pabellón, en relación con la seguridad de la navegación, se ha establecido la necesidad de que los Estados del puerto realicen esos controles mediante inspecciones que incluyen la comprobación del cumplimiento de las normas internacionales de seguridad, contaminación y dotación. Si bien, este régimen de verificación tiene una carencia importante, consistente en que no se centra en los aspectos estructurales, pues tiene lugar durante las escalas, normalmente de carga y descarga, dificultando la inspección de la carga y de los espacios de lastre y resultando prácticamente imposible extenderla a la estructura del casco sumergido (68). Otra cuestión suscitada al hilo de los controles y verificaciones, es la posibilidad de utilizar aquéllos o mejor dicho, de obviarlos, por razones puramente competitivas entre distintos puertos, pues parece que la reducción al mínimo o incluso la inexistencia de controles, podría atraer un mayor número de buques al puerto en cuestión.

Los Estados del puerto suelen realizar los controles y verificaciones sobre sus buques de forma indirecta, a través de las sociedades de clasificación, las cuales, son sociedades mercantiles que desarrollan una doble función, la de emisión de los correspondientes certificados, que es estrictamente privada; y la de control e inspección de la estructura de los buques, por delegación y previa autorización del Estado del pabellón, efectuada también por dichas sociedades, a quien corresponde la obligación de comprobar el cumplimiento de las normas relativas a la seguridad marítima (69). Este régimen de verifi-

otras medidas, la supresión acelerada de los petroleros de casco único a partir de 15 años de servicio, conclusiones que fueron refrendadas por el Consejo Europeo de Copenhague, celebrado los días 12 y 13 de diciembre de 2002.

España presentó, el 25 de febrero de 2003, ante el Subcomité de Seguridad en la Navegación de la OMI para su aprobación, un nuevo dispositivo de separación del tráfico marítimo frente a Finisterre.

En el derecho interno español, se aprobaron el RDL 9/2002, de 13 de diciembre, por el que se adoptaban medidas para buques tanque que transportaran mercancías peligrosas o contaminantes; el RD 1220/2002, de 22 de noviembre, por el que se creó la Comisión Interministerial para el seguimiento de los daños causados por el *Prestige*; el RD 1/2003 de 3 de enero, por el que se creó el Comisionado para las actuaciones derivadas de la catástrofe del *Prestige*; el RD 90/2003, de 24 de enero, sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y control de buques y para las correspondientes actividades de la Administración marítima; el RD 91/2003, de 24 de enero, por el que se aprobó el Reglamento regulador de las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles; el RD 1249/2003, de 3 de octubre, sobre requisitos de información exigibles a los buques mercantes que lleguen a los puertos españoles y salgan de éstos y RDL 4/2003, de 20 de junio, por el que la Administración General del Estado anticipaba las indemnizaciones a los perjudicados por el vertido del *Prestige*.

(68) ARROYO MARTÍNEZ (2006: p. 52).

(69) GÓMEZ PRIETO (1994: pp. 296 y 297). Sobre el origen de las sociedades de clasificación BOISSON (1994: p. 364).

cación se mueve en el delicado equilibrio existente entre los requerimientos de la seguridad marítima y el fin lucrativo perseguido por dichas sociedades mercantiles, pues la competencia por la captación de cuotas de mercado puede dar lugar a la rebaja en el nivel de exigencia a las empresas navieras (70).

La producción de accidentes marítimos, sobre todo los ocasionados por buques petroleros, y la contaminación, a veces catastrófica, del medio marino derivada de los mismos ha venido conmocionando la opinión pública internacional desde mediados del siglo XX. En la respuesta jurídica, nacional e internacional, relativa a estos accidentes cabe distinguir, con carácter general, dos tipos de medidas: unas de *carácter preventivo*, destinadas a evitar la producción de contaminación marítima y otras de *naturaleza proactiva*, dirigidas a combatir la contaminación marina cuando el accidente se ha producido (71).

1. La prevención de la contaminación marina accidental

A) El Convenio SOLAS

La primera referencia a las disposiciones sobre seguridad marítima, se encuentra en un acuerdo bilateral, celebrado entre Francia y Gran Bretaña para la prevención de las colisiones en el mar, de 1863; este acuerdo se convirtió en una disposición pionera en la regulación internacional sobre seguridad de la navegación. Estas primeras normas que se ocupaban de la seguridad marítima, daban una clara primacía a la protección de la propiedad frente a la protección de la vida humana en la mar (72).

El hundimiento del trasatlántico *Titanic*, de la compañía *White Star*, durante su viaje inaugural en 1912, en el que perecieron en torno a 1.500 personas, fue el suceso que condujo a la convocatoria de la Conferencia internacional de seguridad marítima de 1914, en cuyo seno, el 20 de julio de ese mismo año fue adoptada la primera Convención para la seguridad de la vida humana en el mar. Desde entonces ha habido otros cuatro convenios *Safety of Life at Sea* (SOLAS): el segundo fue adoptado en 1929 y entró en vigor en 1933; el tercero se adoptó en 1948 y entró en vigor en 1952; el cuarto fue adoptado (bajo los auspicios de la OMI), el 17 de junio de 1960 y entró

(70) ROGERS (2010: p. 65), afirma que *registers then must strike the right balance between staying competitive and staying safe, incorporating universal crewing minimum standards and security measures as part of the basic registration requirement*.

(71) SANZ LARRUGA (2006: p. 319). LI y WONHAM (1999: p. 154), se pronuncian en el sentido de que sería bueno que el sistema legal internacional estableciera que es el Estado de la bandera el que puede determinar para sí mismo las condiciones del registro de buques, garantizando su nacionalidad y adquiriendo autoridad y responsabilidad por ello (la traducción es nuestra).

(72) ZAMORA ROSELLÓ (2009: p. 7).

en vigor en 1965; mientras que la versión actual, enmendada en numerosas ocasiones, se aprobó el 1 de noviembre de 1974 y entró en vigor el 25 de mayo de 1980 (73). Desde entonces se ha enmendado dos veces por medio de protocolos: en una primera ocasión, mediante el Protocolo adoptado el 17 de febrero de 1978, por la Conferencia internacional sobre seguridad de los buques tanque y prevención de la contaminación; y por segunda vez, a través del Protocolo de 11 de noviembre de 1988, aprobado en el marco de la Conferencia internacional sobre el sistema armonizado de reconocimiento y certificación, que reemplazó y dejó sin efecto al anterior entre las Partes que lo suscribieron (74).

Respecto al ámbito del SOLAS/74, cabe indicar que éste se aplica a los buques que tengan derecho a enarbolar el pabellón de los Estados Parte (artículo 1), y con carácter general, a los buques dedicados a viajes internacionales (Regla 1, Parte A, Capítulo I: *Disposiciones generales*), quedando excluidos: *los buques de guerra y buques para el transporte de tropas*, buques de carga de arqueado bruto inferior a 500; buques carentes de propulsión mecánica; buques de madera; yates de recreo no dedicados al tráfico comercial; y buques pesqueros (Regla 3: *Excepciones*, Parte A, Capítulo I).

La finalidad básica del SOLAS/74, es la consecución dentro de la medida de lo posible, de la seguridad de la navegación, estableciendo unas normas mínimas para los buques que pueden agruparse en las siguientes: las relativas a la construcción; las que se refieren al equipo; y las dirigidas a regular determinados aspectos de su operatividad.

Las reglas relativas a la construcción se contienen en el Capítulo II, dividido en dos secciones, regulándose en la primera de ellas, la construcción, estructura, compartimentado y estabilidad, instalaciones de máquinas e instalaciones eléctricas. En las enmiendas a la Parte A-1 (*Estructura de los buques*), del Capítulo II-1 del SOLAS/74, adoptadas el 21 de mayo de 2010, mediante Resolución MSC.290 (87) (75), se expresa que por *seguro y ambientalmente inocuo*, se entiende que el buque tendrá resistencia, integridad y estabilidad adecuadas para reducir al mínimo el riesgo de pérdida del buque o de contaminación del medio marino debido a un fallo estructural, incluido un derrumbe, que dé lugar a inundación o a una pérdida de estanquidad (apartado 2.1); por

(73) El Convenio de 1974, fue ratificado por Instrumento de 16 de agosto de 1978 (BOE núm. 144, 16 de junio de 1980). GABALDÓN GARCÍA y RUIZ SOROA (2006: p. 266), indican que el texto del SOLAS, sometido a continuos cambios, es difícil de conocer y de manejar, habiéndose alzado voces solicitando una cierta racionalización en el proceso de enmiendas técnicas.

(74) El Protocolo de 1978, entró en vigor el 1 de mayo de 1981; y el Protocolo de 1988, entró en vigor el 3 de febrero de 2000.

(75) BOE núm. 308, de 23 de noviembre de 2011.

ambientalmente inocuo también se entiende que el buque está construido con materiales que pueden reciclarse en condiciones aceptables desde el punto de vista ambiental (apartado 2.2); y el concepto de seguro supone también que la estructura, los accesorios y las disposiciones del buque sean tales que permitan disponer de medios seguros de acceso, evacuación e inspección, así como para realizar el mantenimiento oportuno, y que faciliten el funcionamiento del buque en condiciones de seguridad (apartado 2.3).

Los loables objetivos tendentes a la consecución de la seguridad estructural y ambiental de los buques, que subyacen de los conceptos transcritos, reflejan más un deseo que una realidad, pues existen obstáculos difíciles de eludir, y así, la tónica general parece ser la de la permisividad, por cuanto puede constatarse la proliferación de pabellones de conveniencia (76); así como la de la relajación, debido fundamentalmente a la ausencia de auditorías obligatorias de la OMI con la adecuada difusión de sus resultados.

La segunda Sección del Capítulo II, recoge normas atinentes a la construcción, prevención, detección y extinción de incendios. Entre las disposiciones referidas al equipo de los buques, se contienen las atinentes los dispositivos y medios de salvamento y a las radiocomunicaciones. Específicamente, se dedica a la seguridad de la navegación el Capítulo V del Convenio, cuyas disposiciones son de aplicación a todos los buques, si bien, se exceptúan los de guerra (Regla 1.1.1).

La Convención regula el transporte de cargas (Capítulo VI), y de mercancías peligrosas (Capítulo VII), así como los buques de propulsión nuclear (Capítulo VIII), estableciéndose una serie de medidas especiales para incrementar la seguridad marítima y la protección marítima, y otras adicionales aplicables a los graneleros. Dentro del cúmulo de disposiciones con que se ha ido completando la Convención, podemos destacar la incorporación del *International Safety Management Code* (ISM Code/Código IGS) (77), y

(76) ANDERSON (1996: pp. 146-158). ÖZÇAYIR (2001: pp. 25-33), en particular, p. 33, como medida para la mejora en el control de los pabellones de conveniencia aboga por *to improve the standards under these open registry flags by full implementation of the conventions to which the flag of convenience countries are party*. HERNÁNDEZ IZAL (1960: pp. 5-38). GARCÍA GABALDÓN (1989: pp. 253 y ss.). FERNÁNDEZ BEISTEGUI (1996: pp. 141 y ss.). DOMÍNGUEZ CABRERA (2005: pp. 119-144).

(77) El Código IGS fue adoptado por la OMI en 1993, no obstante, sus previsiones entraron en vigor internacionalmente cuando en la Conferencia sobre el SOLAS de 1994, sus reglas se convirtieron en obligatorias al ser incorporado como un nuevo Capítulo IX a la Convención SOLAS. El Código ISM, establece los siguientes objetivos en relación con la gestión de la seguridad: proporcionar prácticas seguras en la operación de los barcos y en el medio de trabajo; establecer salvaguardias contra todos los riesgos identificados; y mejorar continuamente la gestión de seguridad y la pericia del personal, incluyendo la formación en emergencias.

del *International Ship and Port Facilities Security Code* (ISPS Code/Código PBIP) (78).

Además de la Convención SOLAS, existen otros Convenios internacionales que completan las previsiones en el ámbito de la seguridad de la navegación, si bien, ninguno de ellos es aplicable a los buques de guerra, como el Convenio internacional sobre líneas de carga de 5 de abril de 1966 (79), el Convenio internacional para prevenir abordajes, el Convenio Internacional sobre la seguridad de los contenedores, Convenio Internacional de Torremolinos para la seguridad de los buques pesqueros, Convenio Internacional sobre salvamento marítimo, y Convenio Internacional sobre normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente de Mar (STCW 1978).

B) La prevención en el ámbito comunitario

Los países de la UE han intentado resolver el problema que ocasiona el ejercicio de la navegación por parte de buques que enarbolan pabellones de conveniencia o que no reúnan los requisitos mínimos de seguridad, denominados *buques subestándar*, a través de programas de inspección previa de los barcos, con la finalidad de que todos aquéllos que naveguen por aguas comunitarias cumplan con los requisitos sociales y ambientales internacionales mínimos. Aunque la estrategia descrita se percibía en el MOU de París de 27 de enero de 1982 (80), suscrito por una buena parte de los países de la Comunidad, en el año 1989, la Comisión puso de manifiesto la necesidad de elaborar una estrategia común en el ámbito comunitario sobre el control por el Estado rector del puerto, con el fin de lograr un régimen reforzado para la progresiva eliminación de los buques que no reunieran unos requisitos mínimos de seguridad en las aguas comunitarias (81).

El naufragio del petrolero de casco único *Erika* el 12 de diciembre de 1999, con el vertimiento de más de 10.000 toneladas de petróleo pesado, cerca de las costas bretonas (Francia), marcó un punto de inflexión en la

(78) GUZMÁN ESCOBAR (2007: pp. 1-17). El documento puede consultarse en la dirección de Internet: <http://foros.uexternado.edu.co/economia/institucional/index.php/emercia/article/view/2059/1846> [30-06-2012; 17'34].

(79) Ratificado por España mediante Instrumento de 6 de junio de 1968 (BOE núm. 192, de 10 de agosto).

(80) ALCÁZAR LOBO y PINIELLA CORBACHO (2002: p. 23), indican que el Memorándum de París es un acuerdo administrativo entre Autoridades marítimas, instrumento regional de control de las condiciones de trabajo, la seguridad en los buques y la prevención de la contaminación del medio marino. Un pormenorizado estudio del MOU de París y de sus antecedentes puede verse en ÖZÇAYIR (2001: pp. 115-148).

(81) Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo de 2 de agosto de 1989, COM (89) 266 final.

necesidad de profundizar en el control por parte de los Estados, dado que puso en evidencia las carencias en el marco regulador existente, pues el barco había sido inspeccionado y aprobado en cada clase de control, y había superado varias auditorías sobre gestión de seguridad (82). El desastre ambiental afectó al ecosistema marino y a la diversidad biológica; así como también a las industrias vinculadas al mar, produciendo la consecuencia en el plano normativo, de que la Unión Europea adoptase la legislación sobre seguridad marítima contenida esencialmente en los denominados paquetes *Erika I* y *Erika II* (83). El 21 de marzo de 2000 la Comisión presentó una Comunicación sobre la seguridad marítima del transporte de petróleo Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 21 de marzo de 2000, sobre la seguridad marítima del transporte de petróleo (84). La Comunicación de la Comisión se centra en tres aspectos críticos detectados en el accidente del buque *Erika*, que actúa como guía de actuación por las similitudes que presenta con buena parte de los últimos accidentes de petroleros. Los tres frentes de estudio son (85): deficiencias intrínsecas del buque (antigüedad y casco único) (86), actuación de las sociedades de clasificación (87) y control por los Estados portuarios (88).

El paquete *Erika II*, que contiene medidas dirigidas a facilitar la implementación del *Erika I*, ha dado como resultados fundamentales el establecimiento de un sistema comunitario de control de la seguridad marítima y la creación de la Agencia Europea de Seguridad Marítima (EMSA), cuya misión consiste en la prevención de los accidentes marítimos por la vía del control de la seguridad marítima y de la efectividad de la regulación comunitaria sobre la materia (89).

Después del naufragio del *Prestige*, la Comisión decidió proponer una modificación del Reglamento (CE) núm. 417/2002, de 18 de febrero, a fin de acelerar el calendario inicial de retirada de los petroleros de casco único, y

(82) RINGBOM (2008: p. 43). ÖZÇAYIR (2001: pp. 240-275).

(83) SOBRINO HEREDIA (2003: pp. 79-116).

(84) COM (2000) 1 42 final (no publicada en el Diario Oficial).

Sobre los antecedentes normativos comunitarios que precedieron al desastre del *Erika*, vid. CHRISTODOULOU-VAROTSI (2009: p. 33).

(85) ZAMORA ROSELLÓ (2008: p. 21).

(86) Reglamento 417/2002/CE, de 18 de febrero de 2002 (DOCE L núm. 64, de 7 de marzo).

(87) Directiva 2001/105/CE, de 19 de diciembre de 2001 (DOCE L núm. 19, de 22 de enero de 2002).

(88) Directiva 2001/106/CE, de 19 de diciembre de 2001 (DOCE L núm. 19, de 22 de enero de 2002).

(89) CHRISTODOULOU-VAROTSI (2009: p. 34).

prohibir con efecto inmediato el transporte de petróleo pesados en los petroleros de casco único con destino o salida en los puertos de un Estado miembro de la Unión Europea (90). Como resultado de esta iniciativa fue adoptado el Reglamento 1726/2003, por el que se modifica el Reglamento 417/2002, que entró en vigor el 21 de octubre de 2003. La Unión Europea y Estados Unidos se habían configurado como dos grandes regiones que pretendían blindarse a los petroleros de casco único.

Con el fin de extender las medidas de protección frente a estos buques, la Comisión y los Estados miembros instaron la adopción de nuevas enmiendas, que entraron en vigor, el 5 de abril de 2005. La Comisión Europea propuso modificar el Reglamento (CE) 417/2002 para que el compromiso político adquiriera carácter legal y se ampliara el ámbito de aplicación del Reglamento. Esta medida fue adoptada a través del Reglamento (CE) 457/2007, de 25 de abril (91), cuya finalidad última es la prohibición del transporte de hidrocarburos pesados a todos los petroleros de casco único que enarboleden pabellón de un Estado miembro, sea cual fuere la jurisdicción a que estén sometidos los puertos, las terminales en alta mar o la zona marítima en que operen. Finalmente, el Reglamento (CE) 1163/2009, de 30 de noviembre (92), introdujo algunas modificaciones de tono menor relativas a la actualización de determinadas definiciones contenidas en el Reglamento (CE) 417/2002.

El 23 de noviembre de 2005 la Comisión adoptó un tercer paquete de medidas, el llamado paquete *Erika III*, dirigidas a garantizar la seguridad marítima y a reforzar la competitividad de los pabellones comunitarios. El paquete *Erika III* se desarrolla a través de siete Propuestas de Directivas que tienen por finalidad la mejora de la seguridad marítima en el ámbito comunitario; para ello se establecen tres frentes de actuación, un primer grupo centrado en la configuración de un régimen de responsabilidad, un segundo grupo basado en la prevención, y una última propuesta para la creación de un sistema de investigación de accidentes marítimos. Este paquete incluye una propuesta de directiva sobre determinadas exigencias a los Estados de la bandera (93); una enmienda a la Directiva sobre Sociedades de Clasificación (94); una enmienda a la Directiva sobre el control por el Estado del puerto (95); una enmienda sobre la Directiva relativa al control del tráfico (96); una propuesta de Direc-

(90) KHEE-JIN TAN (2006: pp. 139-155).

(91) DOUE L núm. 113, de 30 de abril.

(92) DOUE L núm. 314, de 1 de diciembre.

(93) COM (2005) 0586 final.

(94) COM (2005) 0587 final.

(95) COM (2005) 0588 final.

(96) COM (2005) 0589 final.

tiva sobre la investigación de accidentes (97); una propuesta para regular la responsabilidad y compensación por daños a los pasajeros acaecidos en accidentes (98); y una propuesta de Directiva sobre la responsabilidad extra-contractual de los navieros (99).

Entre los últimos desarrollos normativos producidos sobre la base del paquete *Erika III*, podemos destacar los que han tenido lugar tras la entrada en vigor de la Directiva 2009/15/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de las administraciones marítimas (100); y del Reglamento (CE) n° 391/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques, han producido cambios en la regulación de las organizaciones de inspección, tendentes a lograr la uniformidad entre los distintos Estados miembros en materia de inspección y control.

Asimismo, la Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto, tiene por objeto contribuir a reducir de forma drástica el número de buques deficientes en las aguas bajo jurisdicción de los Estados miembros (artículo 1), estableciendo un número y cuotas determinadas de compromisos de inspección de buques (artículos 6 y 7); la Directiva 2009/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, estableció los principios fundamentales respecto a la investigación de accidentes marítimos, en tanto que la Directiva 2011/15/UE de la Comisión, ha modificado la Directiva 2002/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo.

Las cuestiones relativas a la responsabilidad y compensación por daños a los pasajeros se regulan en el Reglamento (CE) n° 392/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente (101).

(97) COM (2005) 0590 final.

(98) COM (2005) 0592 final.

(99) COM (2005) 0593 final.

(100) DOUE L núm. 131/47, de 28 de mayo.

(101) DOUE L núm. 131/24, de 28 de mayo.

C) Las medidas de orden interno: el marco normativo de la inspección de buques extranjeros y nacionales

El ámbito de la actividad administrativa de inspección comprende a todos los buques españoles y extranjeros que se encuentren en aguas españolas, dejando a salvo a los afectos a la Defensa nacional. Dicha actividad puede encuadrarse entre las manifestaciones de la actividad administrativa de intervención, y su ejercicio conlleva la realización de funciones públicas (102). La ordenación normativa efectuada por el Estado de la inspección marítima es enteramente reglamentaria y fragmentada (103), pues el artículo 263.e) del TRLPEMM atribuye al Ministerio de Fomento la competencia respecto a la ordenación y ejecución de las inspecciones y controles técnicos, radioeléctricos, de seguridad y de prevención de la contaminación de todos los buques civiles españoles, de los que se hallen en construcción en España, y de los extranjeros en los casos autorizados por los acuerdos internacionales, en tanto que, según el artículo 266.f) del TRLPEMM, al Capitán Marítimo le corresponde la dirección y control organizativos de las citadas actividades, señalándose la posibilidad (*podrá efectuarse*), de que la realización efectiva de las inspecciones y controles se realicen *bien directamente por el Ministerio de Fomento o bien a través de Entidades Colaboradoras, en los términos que reglamentariamente se establezcan* [artículo 263.e) TRLPEMM].

El control sobre buques de terceros Estados que se realiza en los puertos españoles, es el resultado de la potestad administrativa de inspección, cuya principal finalidad es asegurar que los barcos que ostentan pabellón de terceros Estados respetan las normas internacionales sobre seguridad marítima.

La Directiva comunitaria 2009/16/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto, fue traspuesta al ordenamiento español, a través del RD 1737/2010, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles (104).

Dicho RD, tiene por objeto la regulación de las inspecciones de buques extranjeros en aguas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos

(102) ZAMBONINO PULITO (2001: pp. 174 y 195). GÓMEZ PRIETO (1993: pp. 274 y ss.). CANALS I AMETLLER (2003: p. 181).

(103) FERNÁNDEZ RAMOS (2006: p. 219). Este autor (nota al pie núm. 11), señala que la inspección marítima cuenta con una importante tradición en nuestro ordenamiento. Así, por Real Orden de 25 de noviembre de 1909, se promulgó el Reglamento de reconocimiento de embarcaciones mercantes, sustituido más adelante por el Decreto 1362/1959, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento de buques y embarcaciones mercantes, a su vez ampliamente revisado por el Decreto 3384/1971, de 28 de octubre.

(104) BOE núm. 317, de 30 de diciembre.

o jurisdicción, con el fin de reducir significativamente el número de buques que incumplan las normas mediante la exigencia de un cumplimiento riguroso de la normativa internacional y comunitaria sobre seguridad marítima, protección marítima, protección del medio ambiente marino y condiciones de vida y de trabajo a bordo de los buques de cualquier pabellón; el establecimiento de criterios comunes para el control de los buques y la armonización de los procedimientos de su inspección e inmovilización; y la aplicación de un sistema de control de buques, basado en las inspecciones realizadas en la Unión Europea y en la región del Memorando de París, en el que todos los buques sean inspeccionados con una frecuencia y detalle acorde con su perfil de riesgo (artículo 1).

El Reglamento se aplica a todo buque que haga escala en un puerto o fondeadero para realizar una interfaz buque/puerto y a su tripulación. Se consideran también inspecciones de buques las realizadas en aguas marítimas españolas no portuarias (artículo 3.1), quedando excluidos de su ámbito, los buques de guerra y auxiliares (artículo 3.5).

El Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de inspección y certificación de buques civiles (105), de cuyo ámbito de aplicación se excluyen los buques y embarcaciones afectos a la Defensa nacional (artículo 3.2.c), establece un marco normativo respecto a las facultades de inspección y control que la Administración española lleva a cabo a través de la Dirección General de la Marina Mercante y de las Capitanías Marítimas, en los términos previstos en el artículo 13 (*Funciones de inspección*), del RD 638/2007, de 18 de mayo, por el que se regulan las Capitanías Marítimas y los Distritos Marítimos (106).

El ámbito del citado reglamento, viene a coincidir parcialmente, en cuanto a los buques extranjeros, con el del RD 1737/2010, por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles, pues se remite a lo que disponía el derogado artículo 86.5 de la LPEMM, que se refería a todos los buques civiles españoles, a los que se hallasen en construcción en España, y a los extranjeros en los casos autorizados por los acuerdos internacionales. Así pues, el RD 1737/2010, será de aplicación preferente a las inspecciones que se realicen a los buques extranjeros en España, dada su especialidad y su regulación posterior sobre la misma cuestión, las inspecciones y controles a los buques extranjeros, que la contenida en el RD 1837/2000.

Consideramos que los requerimientos de ciertas Capitanías Marítimas por los que se exige la obligación de disponer de un certificado emitido por una Sociedad de Clasificación a los buques de pasaje, no resultan ajustados a

(105) BOE núm. 285, de 28 de noviembre.

(106) BOE núm. 132, de 2 de junio.

Derecho pues no se ha optado en España por la delegación de las facultades inspectoras y de control en una organización (Sociedad de clasificación), de ahí, que no se pueda obligar a ningún armador para que se le expidan los oportunos certificados de un buque, a que tenga clasificado un buque con pabellón Español, en una organización reconocida y que cumpla con sus normas completas y actualizadas para el diseño construcción y control periódico de buques, pues dichas atribuciones las tiene la DGMM (107).

En efecto, el Real Decreto 877/2011, de 24 de junio, sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de la Administración marítima (108), recoge la técnica de la autorización administrativa a diversas organizaciones privadas, si bien, no efectúa una delegación expresa en éstas respecto a la clasificación. De lo establecido en el RD 799/2011, de 10 de junio, por el que se establecen las obligaciones que incumben al Ministerio de Fomento en materia de seguridad marítima y prevención de la contaminación marina sobre buques españoles (109), parece desprenderse el predominio del carácter público de la inspección, y por tanto, puede predicarse la complementariedad de la clasificación realizada por las organizaciones reconocidas. En efecto, cuando se establece la obligación del Ministerio de Fomento, y en concreto de la DGMM (110), consistente en que antes de permitir que un buque abanderado en España comience a operar, debe de comprobar sus registros de seguridad, y en su caso, ha de consultar a la Administración marítima que hubiera abanderado anteriormente el buque, sobre las cuestiones de seguridad pendientes, así como cualquier otro dato relacionado con la seguridad del buque (artículo 3.2), puede colegirse que es a la Administración a quien corresponde garantizar la seguridad de la navegación a través de las correspondientes inspecciones.

(107) RODRIGO DE LARRUCEA (2012: pp. 5 y 6), [en línea], el documento puede encontrarse en: <http://upcommons.upc.edu/e-prints/bitstream/2117/8482/1/323N%20REC.pdf> (24-03-2012; 17'30).

(108) BOE núm. 151, de 25 de junio.

La entrada en vigor de la Directiva 2009/15/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de las administraciones marítimas, y del Reglamento (CE) n.º 391/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques, produjeron cambios en la regulación de las organizaciones de inspección, que hicieron necesaria la incorporación al derecho interno español de tales modificaciones, lo cual, se acometió mediante la transposición de la citada Directiva al ordenamiento interno español, mediante el RD 877/2011..

(109) BOE núm. 139, de 11 de junio.

(110) El artículo 8.1.a) del TRLPMM atribuye a la DGMM *la seguridad de la navegación y del salvamento de la vida humana en la mar*.

En el ordenamiento español el campo de actuación de las entidades colaboradoras en materia de inspección marítima, se ha limitado a aquellas organizaciones reconocidas en un Estado miembro de la UE, o de otro Estado que aplique criterios de reciprocidad y que tengan un centro de carácter permanente en España, la inspección y control de buques españoles o de buques extranjeros que hallándose en el extranjero, soliciten el abanderamiento en España (artículo 6.1 RD 877/2011).

Distinto es el régimen de inspección a que se hallan sometidas las embarcaciones de recreo (111), pues conforme al artículo 5 del RD 1434/1999, de 10 de septiembre, que se establece los reconocimientos e inspecciones de las embarcaciones de recreo para garantizar la seguridad de la vida humana en la mar y determina las condiciones que deben reunir las entidades colaboradoras de inspección (112), el cual, impone taxativamente que la realización de los reconocimientos e inspecciones obligatorios ha de llevarse a efecto por entidades colaboradoras de inspección (artículo 5)

2. Los planes de intervención: consideraciones y propuestas respecto a la planificación de la contaminación marina accidental en España

Sobre la base de lo previsto en el derogado artículo 87 de la LPEMM, así como en el artículo 6.1.b) del Convenio Internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos de 1990, que determina la obligación de que los Estados Partes establezcan un Plan Nacional, el Ministerio de Fomento dictó la Orden Comunicada de 23 de febrero de 2001, por la que se aprobó el Plan Nacional de Contingencias por Contaminación Marina Accidental (PNCCM), que provisionalmente siguió en vigor hasta que vio la luz el Plan Marítimo Nacional, que se creó mediante el Real Decreto 1695/2012, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Sistema Nacional de Respuesta ante la contaminación marina (disposición transitoria única, apartado tercero) (113).

(111) ARANA GARCÍA (2002: pp. 125 y ss.). PADRÓS REIG (2001: p. 111).

(112) BOE núm. 218, de 11 de septiembre.

(113) El Gobierno había expresado en el año 2005 su pretensión de revisar el Plan Nacional de Contingencias por Contaminación Marina Accidental, el cual, no había experimentado modificación alguna desde su aprobación. El propósito de actualización del citado Plan fue acogido desde el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, pues el Ministro el día 1 de febrero de 2012, en su comparecencia ante la Comisión correspondiente, para informar sobre las líneas generales de la política de su Departamento, anunció entre otras cuestiones, que *en íntima colaboración con otros departamentos, se pretende someter al Gobierno la aprobación de un sistema nacional de respuesta frente a la contaminación marina accidental que proporcionará mecanismos de respuesta frente a la contaminación*

El fundamento constitucional de la distribución competencial sobre planificación de contingencias marinas se sigue cimentando sobre la desmesurada extensión del título *marina mercante* del artículo 149.1.20º de la Constitución (disposición final primera RD 1695/2012); en tanto que, su base legal, se halla en el artículo 264.1 TRLEPM, precepto relativo al servicio público de salvamento, que atribuye a la Administración General del Estado la prestación del servicio público de salvamento de la vida humana en la mar y de la lucha contra la contaminación del medio marino, de acuerdo con el principio de coordinación, instrumentado a través de los *planes y programas correspondientes*.

La Orden Ministerial de 23 de febrero de 2001, preveía cuatro tipos de Planes de Contingencias, en atención al ámbito territorial afectado (apartado 1.2 del Anexo): Plan Interior de Contingencias, Plan Territorial de Contingencias, Plan Nacional de Contingencias, y Plan Internacional de Contingencias. Dependiendo de las circunstancias, puede estar activado más de un Plan de Contingencias, por lo que el campo de actuación se establece en función de las competencias de las distintas Autoridades implicadas (apartado 1.3.5), sin embargo, el Plan Nacional de Contingencias se activa en los casos en que la contaminación sea consecuencia de un accidente marítimo en el que estén involucrados uno o más buques, o bien cuando los medios disponibles en el puerto, terminal o Comunidad Autónoma afectados no sean suficientes para hacer frente al derrame.

El Sistema Nacional de Respuesta implementado por el RD 1695/2012, sin embargo, contempla dos subsistemas: por un lado, el marítimo, integrado por el Plan Marítimo Nacional, que se pone en marcha cuando tenga lugar un suceso de contaminación marina, entendiéndose por tal el acontecimiento o acontecimientos del mismo origen que supongan la introducción directa o indirecta en el medio marino de sustancias o energía que provoquen o puedan provocar efectos nocivos, y que exijan medidas de emergencia o una respuesta inmediata, y el Plan Interior Marítimo, que viene a coincidir con el Plan Interior de Contingencias (artículo 3.1); y por otro, el subsistema costero, compuesto por el Plan Estatal de Protección de la Ribera del Mar contra la contaminación, en el que adquiere protagonismo el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, los Planes Territoriales de Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, así como los Planes locales de protección de

marina o costera provocada por potenciales accidentes, incluyendo los mecanismos de relación y coordinación de las administraciones públicas competentes. Este sistema se completará con otras medidas de protección, incluyendo la formación sobre prevención y lucha contra la contaminación y un análisis de riesgo y vulnerabilidad de la costa española que permita que la toma de decisiones ante una incidencia se base en el mejor conocimiento posible de los valores a proteger.

la ribera del mar contra la contaminación. Los Planes del subsistema costero tienen en común, que su ámbito de cobertura se delimita siguiendo un criterio territorial, y que se adoptan en todos los casos en que el suceso de contaminación *afecte o pueda afectar a la costa* (artículo 3.2). Se omite, en fin, dentro del Sistema Nacional de Respuesta, la alusión al Plan Internacional de Contingencias, contemplado en la Orden de 2001, el cual, se aplica cuando la contaminación puede afectar a dos o más países próximos.

La novedad más significativa a la par que inquietante del RD 1695/2012, consiste en la incorporación de una separación en la planificación de las respuestas, entre las que despliegan sus efectos en el mar y aquéllas que lo hacen en la costa, introduciendo a nuestro modo de ver, una distinción conceptual que parece estar pensando más en los supuestos en que el suceso de contaminación se está produciendo que en las situaciones complejas, a las que deja huérfanas de regulación, en las que por afectar el suceso simultáneamente al mar y a la costa, se haría necesario un enfoque integral, tanto en la dirección como en las respuestas. Es más, en algunos casos, la magnitud del siniestro debiera permitir la conveniente implementación simultánea de los Planes de Protección Civil.

La coordinación de la emergencia y su dirección se determinan en función de los planes que en cada momento se hallen activados, y así, cuando esté activado un Plan Territorial y colaboren con él medios adscritos a un Plan Interior o al Plan Nacional/Plan Marítimo Nacional, sin que estos últimos estén activados, la coordinación de las operaciones de respuesta corresponde a la persona designada en aquél Plan Territorial; sin embargo, en el caso de que estén activados el Plan Nacional y uno o más Planes Territoriales cada coordinador de operaciones designado en los respectivos planes mantiene el control de las operaciones a su cargo, de acuerdo con las instrucciones recibidas del Organismo Rector de la emergencia (Plan Nacional de Contingencias), u órgano de coordinación (Sistema Nacional de Respuesta), formado por representantes del Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma. La coordinación cuando se hallen activados los Planes Nacional y Territorial, respectivamente, con un Plan interior, corresponde a la persona designada en aquéllos.

En el Sistema Nacional de Respuesta ante la contaminación marina llama poderosamente la atención, que después de transcurridos doce años desde la catástrofe del *Prestige*, en la declaración y coordinación general de las emergencias de gran magnitud o peligrosidad (situación 3), se siga designando como mando único a un órgano superior de la Administración de naturaleza política, el Ministro de Fomento, creándose cuatro órganos subordinados de asesoramiento y apoyo a aquél (Consejo de Dirección; Consejo Técnico Asesor; Consejo Económico y Centro de Información), pero sin que se establezca mecanismo alguno a efectos de la toma de decisiones.

El texto del Sistema Nacional de Respuesta dedica varios apartados marcados por la ausencia de claridad en su exposición y redacción, a la coordinación tanto de autoridades como de planes, lo cual, se traduce sin duda en inoperatividad y ausencia de rapidez en la toma de decisiones que pueden condicionar la actuación ante un supuesto de contaminación (114).

El Plan, apunta SANZ LARRUGA (2006a: pp. 339, 344-345), ha de ser un instrumento que recoja con claridad los cometidos y responsabilidades de los sujetos, públicos y privados, implicados en un caso de contaminación marina accidental, recogiendo un protocolo de actuación cierto y seguro a seguir por las autoridades responsables, evitando toda improvisación, a cuyo efecto deberá contar con el imprescindible asesoramiento científico-técnico.

Entre las omisiones del Sistema Nacional de Respuesta ante la contaminación marina aprobado en 2012 se encuentran las siguientes: la nula previsión respecto a la planificación local; la falta de previsión en cuanto a la protección de zonas o espacios especialmente sensibles; y la ausencia de referencia alguna a la gestión de los residuos producidos como consecuencia de la crisis.

El Sistema Nacional de Respuesta, pese a contener los elementos básicos de un plan de contingencias (organización, procedimientos operativos, formación y revisión), incide más en los aspectos de la organización administrativa que en los aspectos materiales o en las medidas concretas que deben adoptarse. De las tres fases clásicas en casi todos los planes de contingencias: preparación (*preparedness*), respuesta (*response*) y recuperación (*recovery*), se echan en falta en el Plan español las determinaciones sobre la última fase, de capital importancia para eliminar o reducir los efectos producidos tras la contaminación marina y/o terrestre (115).

3. Subsistema marítimo

A) El Plan Marítimo Nacional

Uno de los dos subsistemas que conforman el Sistema Nacional de Respuesta, el cual, se corresponde con uno de sus ámbitos de actuación, es el marítimo. En este campo, se engloba el Plan Marítimo Nacional, aprobado mediante Orden FOM/1793/2014, de 22 de septiembre (116), y dictado al amparo de lo dispuesto por el artículo 149.1.20ª de la Constitución, que se activa cuando el suceso de contaminación afecta a las aguas marítimas; y los

(114) ZAMORA ROSELLÓ (2009: p. 194).

(115) SANZ LARRUGA, GARCÍA PEREZ, y PERNAS GARCÍA (2005: p. 8). MEILÁN GIL (2005: p. 128).

(116) BOE núm. 241, de 4 de octubre.

planes interiores marítimos, en relación con los puertos, terminales de manipulación de mercancías, plataformas marítimas de explotación de recursos o cualquier instalación marítima situada en aguas españolas.

En el Plan se recoge de modo adecuado la referencia al análisis de riesgos respecto a las áreas marítimas vulnerables (artículo 4.1.b), sin embargo, no se alude a qué mecanismos de protección específicos se deberían de aplicar en aquellas zonas en el supuesto de acaecimiento de un suceso de contaminación marina. Resulta curioso que a medida que la emergencia va adquiriendo magnitud, se desplaza la evaluación de los riesgos desde el Capitán Marítimo, en la de grado 1, hacia el Director General de la Marina Mercante, en las de grado 3, el cual, es un órgano directivo de naturaleza puramente política, resultando paradójico que en aquellas situaciones más graves y complejas, la toma de decisiones se deje en manos de una persona que no tiene porqué tener ningún conocimiento técnico, y que por tanto, carece de criterio para decidir entre la opción u opciones que se planteen, en el caso concreto de que se trate.

En las fases de la emergencia se contempla únicamente la de alerta y la de emergencia propiamente dicha (artículo 10), pudiendo ambas incluirse en la clásica de intervención, si bien, no se mencionan acciones concretas, excepto por lo que se refiere a las áreas vulnerables, respecto a las que se prevé la elaboración de mapas de sensibilidad (artículo 8), en orden a prevenir los sucesos de contaminación, ni tampoco se alude a la recuperación de las zonas afectadas.

Las situaciones de emergencia, siguen fielmente el esquema tradicional que se plasma en los distintos planes de protección civil, distinguiéndose tres situaciones, que adecuadamente conllevan la implementación de un grado de respuesta proporcionado a su magnitud, y así: la situación cero, comprende un episodio de contaminación marina de pequeña magnitud y peligrosidad, en la que serían aplicables los planes locales o interiores marítimos; situación 1, que es aquella que se produce cuando el suceso de contaminación marina tiene lugar fuera de los ámbitos de los planes aplicables en la situación anterior, o cuando estos resulten insuficientes para combatir la contaminación; la situación 2, se genera cuando los medios disponibles en la situación anterior resulten insuficientes, o cuando la zona marítima afectada o amenazada sea especialmente vulnerable; finalmente, la situación 3, tiene lugar cuando se produce un episodio de contaminación marina de gran magnitud o peligrosidad (artículo 11).

En el supuesto de las zonas marítimas vulnerables, la norma resulta sumamente confusa e imprecisa, pues prevé que pueda producirse la situación 1, cuando *por las circunstancias de vulnerabilidad de la zona afectada o amenazada se considere necesario* activar los planes correspondientes a dicha

situación (artículo 11.2.c), es decir, parece aludir a las áreas vulnerables definidas en el artículo 7 (*áreas vulnerables*): dispositivos de separación del tráfico, las zonas adyacentes a los accesos a puertos de interés general, parques eólicos y de producción de otras energías alternativas, y los espacios marinos protegidos; sin embargo, la situación 2, parece que indefectiblemente tendrá lugar cuando la zona marítima afectada o amenazada sea *especialmente vulnerable* (artículo 11.3.b).

Así pues, ¿cuáles son las zonas especialmente vulnerables? ¿Coinciden estas con las áreas vulnerables del artículo 7? Si esto fuera así, siempre que el suceso de contaminación tuviera lugar en dichas áreas habría de estarse en la situación 2, quedando la situación 1, en este caso, vacía de contenido.

Una posible interpretación respecto a la activación de la situación 1 cuando existan *circunstancias de vulnerabilidad*, sería que esta mención se refiere no a las zonas vulnerables previstas en el artículo 7, sino a supuestos puntuales en los que se apreciara un hipotético efecto dañoso especialmente pronunciado, independientemente de cuáles fueran las áreas o lugares en los que dicho efecto se produjera.

Ahora bien, dada la enorme imprecisión de la norma en este punto, también cabría entonces preguntarse ¿cuáles podrían ser esas *circunstancias de vulnerabilidad*, respecto de las cuales siquiera una sola, ni aún a título de ejemplo se mencionan en el Plan?

A nuestro modo de ver, parece que podría considerarse la existencia de circunstancias de vulnerabilidad, en los casos de afectación del suceso contaminante a bancos de peces, especies marinas, viveros, etc., que aún no gozando de especial protección, su desaparición pudiera conllevar efectos catastróficos para la población que vive de su explotación.

Uno de los aspectos más criticables que presenta el modelo diseñado por el Sistema Nacional de respuesta, del que se muestra como tributario el Plan Marítimo Nacional, es el de la separación conceptual y práctica de las respuestas, distinguiéndose entre las que afectan al mar y aquellas otras que causan sus efectos en la costa, pero sin que se desarrollen las medidas a adoptar ante un suceso de contaminación marina que afecte simultáneamente al mar y a la costa.

Un reflejo de esta concepción, se aprecia en el último párrafo del artículo 11, en el cual, de manera disyuntiva se alude a que en una situación de emergencia de nivel 3, *se activarán el Plan Marítimo Nacional o el Plan Estatal de Protección de la Ribera del Mar contra la contaminación*.

Son de valorar positivamente, al menos sobre el papel, las obligaciones de notificar a la Administración marítima los sucesos de contaminación marina, que se imponen a toda Administración pública o persona que tenga conoci-

miento de aquéllos, así como los procedimientos y protocolos de notificación, contenidos en el Capítulo IV (artículos 15 a 19). Las infracciones a las aludidas obligaciones, se sancionan conforme a lo previsto por el título IV, del libro tercero del TRLPEMM (artículo 33).

Mención especial merecen los preceptos dedicados a regular la composición y las funciones que se atribuyen a los órganos de dirección y respuesta, pues todos ellos revelan una excesiva presencia de personas, cuyo elevado número no parece que coadyuve a la consecución de una actuación coordinada, circunstancia ésta más acusada en estructura de apoyo a los órganos de dirección y respuesta en la situación de emergencia 3, en la que además, la excesiva presencia del elemento político y la llamativa ausencia del personal técnico, podrían convertir en inadecuadas las decisiones que pudieran adoptarse.

En efecto, la coordinación general de las emergencias de situación 3, corresponde al Ministro de Fomento, o alternativamente al Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, cuando no esté activado ningún plan del subsistema marítimo, o al Ministro del Interior, en los casos de emergencias declaradas de interés nacional que den lugar a contaminación de la costa (artículo 13.1 del Sistema Nacional de Respuesta). Dicho órgano superior de la Administración General del Estado, está apoyado por un consejo de dirección, en el que además de sus miembros, para el caso de que existan planes territoriales y locales activados, los directores de los mismos también se incorporan al consejo; y por un consejo técnico asesor, en el que integra diverso personal y además, un representante designado por la autoridad competente de cada uno de los planes territoriales que, en su caso, hubieran sido activados.

Cuando se hayan movilizado personal y medios pertenecientes a la Armada, al Ejército de Tierra y del Aire o pertenecientes al Servicio Marítimo de la Guardia Civil, Agencia Estatal de Administración Tributaria o Cruz Roja española, debe incorporarse al consejo técnico asesor un representante de cada una de las instituciones movilizadas.

Así mismo, podrán convocarse al consejo los expertos nacionales o internacionales que, por razón de la materia, sean requeridos para ello por el coordinador general de la emergencia.

En todo caso, siempre que la fuente de la contaminación sea de carácter nuclear o radioactivo o exista un riesgo de contaminación de estas características, debe incorporarse al consejo el Director Técnico de Protección Radiológica.

De la mera observación de la composición de los órganos de apoyo al coordinador general de la emergencia de situación 3, que asciende a diecinueve personas fijas, a las que según el caso, podrían sumarse en número variable unas nueve personas o incluso más, de entre las que puede predicarse

su predominante carácter político y la ausencia de especialistas técnicos en catástrofes marítimas, no parece avalar el éxito de la respuesta.

El fin de la emergencia que se prevé en el Plan es más teórico que real, pues se parte de que tiene lugar la cesación de aquella una vez que se han llevado a efecto las labores de descontaminación, desconociéndose que las acciones emprendidas para la recuperación de las zonas afectadas, son parte esencial de una correcta planificación.

B) Los planes interiores marítimos

Dentro del subsistema marítimo del Sistema Nacional de Respuesta, se sitúan los planes interiores marítimos que no son otra cosa que planes de contingencias frente a los sucesos de contaminación marina que se produzcan en los puertos, terminales marítimos de manipulación de mercancías, plataformas marinas de exploración o explotación de recursos naturales en el mar, o en cualesquiera otras instalaciones marítimas situadas en zonas donde España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción.

Las características generales que presenta la regulación de este tipo de planes acometida por el Sistema Nacional de Respuesta, son las de la heterogeneidad de los actores (públicos y privados) que pueden proceder a su elaboración, lo cual, redundando en la disparidad de enfoques que pueden darse en las respuestas; así como la de falta de uniformidad en sus contenidos, que deriva de que el Sistema Nacional de Respuesta, ha dejado al albur una mínima determinación de aspectos, que según nuestro criterio, son esenciales en cualquier plan, como por ejemplo el de a quién corresponde el asesoramiento científico-técnico.

En efecto, en la elaboración de los planes interiores marítimos, dependiendo de la titularidad de los puestos e instalaciones, pueden intervenir agentes muy dispares (artículo 4, apartados 4 a 7), y así:

- Los planes interiores marítimos, correspondientes a una instalación marítima situada *mar adentro* o en aguas sobre las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, son elaborados por las autoridades o empresas a cargo de los mismos y aprobados por la Dirección General de la Marina Mercante del Ministerio de Fomento. De la aprobación de estos planes se da conocimiento al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Defensa y, en su caso, a las autoridades competentes de cada una de las comunidades autónomas litorales y de las ciudades de Ceuta y Melilla.
- Los planes interiores marítimos, pertenecientes a puertos que no sean de titularidad estatal y a instalaciones marítimas situadas en la costa

fuera del ámbito portuario estatal, son elaborados por las autoridades o empresas a cargo de los mismos, y aprobados por la comunidad autónoma o por la ciudad de Ceuta y Melilla en cuyo territorio se encuentren ubicados, previo informe vinculante de la capitanía marítima. De la aprobación de estos planes se da conocimiento a la correspondiente Delegación del Gobierno.

- Los planes interiores marítimos, relativos a instalaciones situadas en el ámbito portuario de titularidad estatal, serán elaborados por las empresas a cargo de los mismos y aprobados por la capitanía marítima, previo informe vinculante de la comunidad o de las ciudades de Ceuta y Melilla en lo que afecte a la parte costera, y de la autoridad portuaria que, además, los tendrá en cuenta para la elaboración de su propio plan interior marítimo. De la aprobación de estos planes se da conocimiento a la Delegación del Gobierno.
- Los planes interiores marítimos de los puertos de titularidad estatal, son elaborados por las autoridades portuarias correspondientes, y aprobados por la Dirección General de Marina Mercante, previo informe de la capitanía marítima y de la comunidad autónoma litoral o de las ciudades de Ceuta y Melilla, en su caso, que será vinculante en lo que afecte a la parte costera. De la aprobación de estos planes se da conocimiento a la Delegación del Gobierno.

En cuanto al contenido de los planes marítimos interiores, se echa en falta la nula mención en el Sistema Nacional de Respuesta, a la fijación de quienes han de ser los encargados de efectuar el asesoramiento científico-técnico. Tampoco se alude a la recuperación de la zona afectada, ni a la gestión de los residuos generados como consecuencia de la intervención.

Respecto a la activación de los planes interiores marítimos, tampoco se clarifica en el artículo 8.1.a) del Sistema Nacional de Respuesta, cuando aquéllos hayan de ser activados por las correspondientes empresas a cargo, que persona u órgano de dichas empresas es el responsable de la activación, tampoco se expresa en este supuesto, quién ha de comunicar la activación del plan a la capitanía marítima (artículo 9.1), sino que estas circunstancias se ha optado por dejarlas a lo que establezca, en particular, cada uno de los diferentes planes (artículo 5.1.e), lo cual produce sin duda, una multiplicidad de personas o departamentos responsables tanto de efectuar las comunicaciones como de la activación de los planes.

Ha de tenerse en cuenta que por virtud de lo establecido en el artículo 62.3 del TRLPEMM (117), las Autoridades Portuarias son los organismos com-

(117) Según la redacción dada al precepto por el apartado dos de la disposición final tercera de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

petentes en la prevención y control de las emergencias por contaminación en la zona de servicios de los puertos que gestionen, así como de la limpieza y control de las contaminaciones que se produzcan.

4. Subsistema costero: el Plan Estatal de Protección de la Ribera del Mar contra la contaminación

Como hemos anticipado, el subsistema costero contemplado en el Sistema Nacional de respuesta ante la contaminación marina, está integrado por el Plan Estatal de Protección de la Ribera del Mar contra la contaminación, el cual, fue aprobado mediante Orden AAA/702/2014, de 28 de abril (118), en la que se incluye como Anexo, al amparo del título competencial contenido en el artículo 149.1.23ª del la Constitución, previo informe de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente, del Consejo Asesor de Medio Ambiente y de la Comisión Nacional de Protección Civil (119).

El ámbito de aplicación de este Plan, comprende los sucesos de contaminación marina accidental o deliberada, cualquiera que sea su origen o naturaleza que afecte o pueda afectar a las costas españolas, y que requiera la intervención de la Administración General del Estado (artículo 1). Como herramienta preventiva, se fijan una serie de criterios, conforme a los cuales, ha de efectuarse un análisis de riesgos, previéndose la elaboración de mapas y tablas.

Las fases de la emergencia, al igual que las del Plan Marítimo Nacional, son las de alerta y de emergencia propiamente dicha, si bien, las situaciones en que se activa el Plan Ribera, se hacen depender, o bien de la activación previa de algún plan territorial o Plan Marítimo Nacional, o bien, de la producción de un emergencia de la situación 3, en que la contaminación afecte o pueda afectar a la costa, ponerla en peligro, o cuando la emergencia sea declarada de interés nacional por el Ministro del Interior.

De las circunstancias que, en la fase de emergencia, pueden llevar a la activación del Plan Ribera, llama poderosamente la atención la que se refiere a *que la contaminación se produzca en aguas bajo soberanía de los Estados limítrofes, pero que pueda poner en peligro por su peligrosidad, extensión y proximidad geográfica, las aguas marítimas sobre las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción* (artículo 3.II.iii), pues su inclusión parece desbordar el ámbito de aplicación de dicho Plan, cuyo eje pasa por la afectación del suceso de contaminación a la costa, sea aquélla efectiva o eventual, y no desde luego por la puesta en peligro de las aguas marítimas

(118) BOE núm. 107, de 2 de mayo.

(119) Tal y como establece el artículo 4.2 del Real Decreto 1695/2012, de 21 de diciembre.

sobre las que España ejerza derechos soberanos o jurisdicción, como las de la zona económica exclusiva, la cual, se extiende hasta las 200 millas desde la líneas de base trazadas sobre la costa Española.

Las mismas consideraciones críticas que hemos realizado respecto al Plan Marítimo Nacional, relativas al excesivo peso político en los órganos de dirección y respuesta, son trasladables al Plan Ribera, solo que en éste, el órgano directivo es el Director General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar. Formando parte del Comité Técnico Asesor de aquél dieciséis personas fijas, titulares de órganos y organismos públicos, de los cuales la gran mayoría por más que se predique su presunto carácter técnico, son de corte político, y sin conocimientos técnicos en materia de contaminación marina, ni de catástrofes marítimas, bastando para percatarse de ello la mera lectura del catálogo contenido en el artículo 4.2 del Plan.

Asimismo, forman parte de este comité un representante por cada uno de los planes territoriales de las comunidades autónomas o las ciudades de Ceuta y Melilla y de los planes locales de las entidades locales activados.

En su caso, forman parte del Comité representantes del Sistema de Apoyo Técnico a la Gestión de Emergencias del Plan estatal de protección civil ante el riesgo químico.

También podrán formar parte de este Comité aquellos expertos nacionales o internacionales, organismos y entidades públicas o privadas que sean requeridos por el Director de la Emergencia, en función de la naturaleza y circunstancia de la misma. Estos expertos actuarán con voz pero sin voto.

A la vista del panorama expuesto ¿puede sostenerse cabalmente que, por su número y composición, los órganos llamados a dar respuesta a la crisis marítima serán ágiles, eficaces, y atenderán adecuadamente al eficiente empleo de los medios de que la Administración dispone? ¿Cómo idea de principio, no redundaría a favor de la adecuada respuesta a la situación, la existencia de un mando único de naturaleza técnica, que estuviera asesorado por un verdadero comité técnico-científico de expertos?

Nos parece necesaria la determinación precisa del mando único e independiente que asuma la responsabilidad en la gestión de la crisis, lo cual, podría contribuir a evitar las posibles presiones políticas y dejaciones de responsabilidad por quien haya de decidir. Para su implantación en España, constituye una valiosa orientación el modelo británico del *Secretary of State Representative for Maritime Salvage and Intervention* (SOSREP), cuyas amplias atribuciones se recogen actualmente en la *Marine Safety Act* de 10 de julio de 2003; o el australiano del *Maritime Emergency Response Commander* (MERCOCOM), implementado siguiendo el ejemplo británico, a partir del 29 de febrero de 2008, tras la adopción del Acuerdo Intergubernamental sobre la Organización de la Respuesta Nacional a Emergencias Marítimas.

En cuanto a la coordinación general de la emergencia, cuando se active el Plan Ribera, a partir de la previa situación 3 del Plan Marítimo Nacional, y en paralelo a lo establecido en éste, corresponde a los titulares de los Departamentos de Fomento, Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, o al Ministro del Interior. En este Plan, al igual que en el Plan Marítimo Nacional, no se establece ningún sistema de toma de decisiones, de ahí que, en una situación real, dado el elevado número de instancias políticas que forman parte de los órganos de dirección y respuesta de la crisis, y la ausencia de mecanismos adecuados para la toma de decisiones, pueden producirse situaciones de desconcierto, de las cuáles, tenemos un triste ejemplo en nuestro país durante la gestión de la catástrofe del *Prestige*.

En el Plan Ribera, a diferencia de las obligaciones relativas a la notificación de incidentes y correlativas sanciones que se contienen en el Plan Marítimo Nacional, inexplicablemente, no se establece obligatoriedad alguna de comunicar los sucesos de contaminación de la costa (artículo 6).

V. CONCLUSIONES

Determinadas emergencias marítimas, se vinculan a la noción de protección civil, en todas las situaciones en que concurren los presupuestos fácticos de ésta, es decir, un grave riesgo, catástrofe o calamidad pública. Este tipo de emergencias marítimas extraordinarias, catastróficas o calamitosas, se diferencian de aquéllas otras, en las que, no se producen los aludidos efectos y por consiguiente no guardan relación alguna con la protección civil, que pueden calificarse como no extraordinarias u ordinarias.

Puede advertirse que la reconducción al título competencial estatal *marina mercante*, avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional, de todos los supuestos de emergencias marítimas sean éstas ordinarias o extraordinarias, ha propiciado el pernicioso efecto de desvirtuar la participación autonómica en el orden constitucional de distribución de competencias, respecto a las situaciones constitutivas de emergencias ordinarias, casos éstos, cuyo mejor acomodo material parece que se hallaría en otros títulos competenciales, en particular, el relativo a la protección del medio ambiente, en virtud del cual, las Comunidades Autónomas podrían establecer normas tuitivas adicionales a las estatales.

En el Sistema Nacional de Respuesta ante la Contaminación Marina Accidental se advierten algunos aspectos mejorables entre los que puede apuntarse como uno de los más significativos el hecho de que no desarrolla la coordinación de las situaciones complejas en las que el suceso de contaminación marina afecta simultáneamente al mar y a la costa, aunque sí alude a ellas. Además, sigue designando como mando único en las emergencias de carácter

extraordinario a un órgano político, el Ministro de Fomento, cuando parece que la decisión técnica podría resultar más efectiva que la política en este tipo de emergencias, pues de la insolvencia de esta última tenemos en España un triste ejemplo, durante la gestión de la catástrofe del *Prestige*. Entre las omisiones del Sistema Nacional de Respuesta pueden señalarse las siguientes: la nula regulación respecto a la planificación local; la falta de previsión en cuanto a la protección de zonas o espacios especialmente sensibles; y la ausencia de referencia alguna a la gestión de los residuos producidos como consecuencia de la crisis.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZAR LOBO, José Antonio y PINIELLA CORBACHO, Francisco (2002): *La prevención de siniestros marítimos a través del control del Estado rector del puerto*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad, p. 23.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco (2006): «Los residuos derivados de la limpieza de vertidos marinos accidentales: especial consideración del caso Prestige», en Meilán Gil (dir.), *Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, p. 309.
- ANDERSON, Edwin (1996): «The nationality of ships and flags of convenience: economics, politics, and alternatives», en *Tulane Maritime Law Journal*, volume 21, pp. 146-158.
- ARANA GARCÍA, Estanislao (2002): «Las inspecciones técnicas de las embarcaciones de recreo», en *Actualidad Administrativa*, núm. 3, pp. 125 y ss.
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio (2006): «Problemas jurídicos relativos a la seguridad de la navegación marítima (referencia especial al Prestige)», en Meilán Gil (dir.), *Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, p. 52.
- BARCELONA LLOP, Javier (2007): *La protección civil municipal*, Madrid, Iustel, pp. 153 y 193.
- BLASCO DÍAZ, José Luis (2010): «La distribución competencial en materia de costas», en *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 10, p. 257.
- BOISSON, Philippe (1994): «Classification societies and safety at sea, back to basics to prepare for the future», en *Marine Policy*, vol. 18, Issue 5, p. 364.
- CANALS I AMETLLER, Dolors (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad, control, inspección y certificación*, Granada, Comares, p. 181.
- CANOSA USERA, Raúl (1996): «Aspectos constitucionales del Derecho ambiental», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 94, p. 104.

- CHRISTODOULOU-VAROTSI, Liana (2009): *Maritime safety Law and policies of the European Union and the United States of America: antagonism or synergy?*, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, p. 33.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1984): *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, p. 17.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino (2005): «Problemas relacionados con la nacionalidad del buque», *Revista de Derecho* (Valdivia), julio, volumen 18, núm. 1, pp. 119-144.
- ESTEVE PARDO, José (1999): *Técnica, riesgo y Derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona, Ariel, p. 62,
- FAJARDO SPÍNOLA, Luis (1992): «Coordinación de la actividad de las diferentes administraciones sobre la costa (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio)», en *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto, núm. 128, pp. 235-238.
- FERNÁNDEZ BEISTEGUI, Carlos Francisco (1996): «El control de los buques por el Estado del puerto», en *Anuario de Derecho Marítimo*, núm. 13, pp. 141 y ss.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2006): «La inspección marítima», en Meilán Gil (dir.), *Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, p. 219.
- FIGUERUELO ALMAZÁN, Antonio (1985): «Protección civil, ordenación territorial y planeamiento urbano», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 95, pp. 93 y ss.
- GABALDÓN GARCÍA, José Luis y RUIZ SOROA, José Manuel (2006): *Manual de derecho de la navegación marítima*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, p. 266.
- GARCÍA GABALDÓN, José Luis (1989): «Pabellones de conveniencia y pabellones tradicionales: ventajas e inconvenientes de la creación de un registro especial en Canarias», en *Anuario de Derecho Marítimo*, núm. 7, pp. 253 y ss.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (2006): «Las emergencias marítimas», en Meilán Gil (dir.), *Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, p. 246.
- (2011): «La crisis del Prestige: una propuesta de reorganización de las emergencias marítimas», en A. Menéndez Rexach y A. de Marcos Fernández (coords.), *Protección civil y emergencias: régimen jurídico*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, p. 448.
- GARCÍA SANABRIA, Javier y GARCÍA ONETTI, Javier (2011): «Bases para el debate: la gestión del litoral en el País Vasco: el papel de las comunidades autónomas en el camino hacia una Gestión Integrada de las Áreas Litorales (GIAL)», Proyecto *Red Española de Gestión Integrada de Áreas Litorales (REGIAL)*, p. 4.

- GÓMEZ PRIETO, María Teresa (1994): «Las sociedades de clasificación de buques», en *Anuario de Derecho Marítimo*, núm. 11, pp. 274 y ss.; 296 y 297.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio Víctor (2002): «Las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción del Estado español y las competencias de las Comunidades Autónomas», en *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 2002, núm. 158, pp. 68 y 69.
- GONZÁLEZ LAXE, Fernando y MARTÍN PALMERO Federico (2009): *Evaluación económica de las catástrofes marítimas*, A Coruña, Instituto Universitario de Estudios Marítimos, p. 1.
- GROTE, Rainer (2001): «Les catastrophes écologiques globales», en Caron y Leben (dirs.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles/The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff, p. 101.
- GUZMÁN ESCOBAR, José Vicente (2007): «Algunas implicaciones legales de los códigos IGS y PBIP» [en línea], en *Revista e – Mercatoria*, vol. 6, núm. 2, pp. 1-17. El documento puede consultarse en la dirección de Internet: <http://foros.uexternado.edu.co/economia/institucional/index.php/emercaria/article/view/2059/1846> (30-06-2012; 17'34).
- HERNÁNDEZ IZAL, Santiago (1960): *Pabellones de conveniencia*, Comité de Derecho marítimo de Barcelona, Barcelona, Talleres tipográficos Ariel, pp. 5-38.
- IZU BELLOSO, Miguel José (1991): «El sistema de protección civil en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 69, pp. 17 y 18.
- (2009): «De la protección civil a la gestión de emergencias: la evolución del marco normativo», en esta REVISTA, núm. 35, pp. 357-366.
- JORDANO FRAGA, Jesús (2000): *La reparación de los daños catastróficos: catástrofes naturales*, *Administración y Derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pp. 178 y 179.
- KHEE-JIN TAN, Alan (2006): «Vessel-source marine pollution: the Law and politics of international regulation», en *Cambridge University Press*, pp. 139-155.
- KONSTADINIDES, Theodore (2011): *Civil protection in Europe and the Lisbon 'Solidarity clause': a genuine legal concept or a paper exercise*, Sweden, Uppsala Faculty of Law, pp. 12-22.
- LARSSON, Per, HAGSTRÖM FRISELL, Eva, y OLSSON, Stefan (2009): «Understanding the crisis management system of the European Union», en Olsson (ed.), *Crisis management in the European Union: cooperation in the face of emergencies*, Berlin-Heidelberg, Springer, pp. 1-16.

- LI, Kevin y WONHAM, Jonathan (1999): «Registration of vessels», en *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 14, p. 154.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2005): «El medio ambiente en la Constitución Española», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 222, pp. 183-198.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Rafael y DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio Manuel (1999): «El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad», en esta REVISTA, núm. 15, pp. 397 y 398.
- MEILÁN GIL, José Luis (2005): *Problemas jurídico-administrativos planteados por el Prestige*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, p. 34.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (2008): «Cooperación y coordinación en los servicios públicos de protección civil», Seminario Internacional *Servicios públicos locales en la Unión Europea*, 27 y 28 de noviembre de 2008, Madrid, Instituto de Derecho Local-Universidad Autónoma, p. 11.
- (2010): «La gestión integrada del litoral», en Núñez Lozano (dir.) *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea: estudios de política marítima*, Madrid, Iustel, pp. 135-185.
 - (2011a): «Introducción: las raíces del concepto de protección civil», en Menéndez Rexach y de Marcos Fernández (coords.), *Protección civil y emergencias: régimen jurídico*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, p. 55.
 - (2011b): «La protección civil en el ámbito estatal: normativa, organización y régimen de ayudas», en Menéndez Rexach y de Marcos Fernández (coords.), *Protección civil y emergencias: régimen jurídico*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, p. 99.
- NAVARRO ORTEGA, Asensio (2011): «La gestión integrada del litoral en los Estados Unidos de América y su perspectiva comparada con el régimen jurídico español», en *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto, núm. 185, pp. 365-397.
- NIKULA, Piia y HELLENBERG, Timo (2009): «EU crisis coordination arrangements and decision-making: case of maritime terrorism in the Baltic Sea», en Hellenberg y Pekka (eds.), *Preventing Terrorism in Maritime Regions: Case Analysis of the Project Poseidon*, Aleksanteri Institute-University of Helsinki (Finland), pp. 4-24.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2004): *Aproximación a la acción estatal de prevención de catástrofes marítimas: fallos evidentes y cambios insuficientes*, Observatorio del Litoral-Universidade da Coruña, p. 4.
- OCHOA MONZÓ, Josep (1996): *Riesgos mayores y protección civil*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, p. 20.

- (2005), *La gestión de la seguridad extraordinaria por catástrofes marinas ligadas al tráfico de hidrocarburos en España*, II Jornadas Internacionales de Seguridad Marítima y Medio Ambiente, celebradas los días 1 y 2 de diciembre de 2005 en A Coruña, Observatorio del Litoral-Universidade da Coruña, p. 160.
- (2006), «La seguridad marítima y el sistema de protección civil: una convergencia necesaria», en Meilán Gil (dir.), *Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 283-291.
- OLIVA MARTÍNEZ, Juan Daniel (2010): «Marco jurídico internacional y europeo de la protección civil», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, pp. 605-634.
- ÖZÇAYIR, Oya (2001), *Port State control*, Hong Kong, LLP Asia, pp. 25-33.
- PADRÓS REIG, Carlos (2001): *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Madrid, Tecnos, p. 111.
- PELÁEZ MARTÍNEZ, Pablo (2011): «Planificación local de emergencias en España», en A. Menéndez Rexach y de Marcos Fernández (coords.), *Protección civil y emergencias: régimen jurídico*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, p. 634.
- PONTIER, Jean-Marie (1981): «L'Etat et les calamités naturelles», en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, núm. 1, p. 2.
- RINGBOM, Henrik (2008): *The EU maritime safety policy and international Law*, Leiden (The Netherlands), Martinus Nijhoff, p. 43.
- RODRIGO DE LARRUCEA, Jaime (2012): «Pabellón (FSC) e inspección y certificación por organización reconocida (class): problemas planteados: especial referencia a la Directiva 2009/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009 sobre las reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje» [en línea], el documento puede encontrarse en: <http://upcommons.upc.edu/e-prints/bitstream/2117/8482/1/323N%20REC.pdf> (24-03-2012; 17'30), pp. 5 y 6.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2006): *Algunas reflexiones sobre seguridad marítima y organización administrativa en el derecho español*, en Meilán Gil (dir.), *Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, p. 117.
- ROGERS, Raquel (2010): *Ship registration: a critical analysis*, Malmö (Sweden), World Maritime University, p. 65.
- SANZ LARRUGA, Francisco Javier (2006a): «La planificación de contingencias por contaminación marítima en España: régimen jurídico vigente, consideraciones críticas y propuestas de mejora», en Meilán Gil (dir.), *Estudios sobre el*

- régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 319, 339, 344 y 345.
- (2006b): «La prevención y lucha contra la contaminación marina accidental y la participación de las administraciones locales», en Esteve Pardo (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, pp. 606 y 607.
- SANZ LARRUGA, Francisco Javier y DOMÉNECH QUESADA, Juan Luis (2010): *Guía para la implementación de un sistema de gestión integrada de zonas costeras*, Santa Cristina (A Coruña), Netbiblo, pp. 3-36.
- SANZ LARRUGA, Francisco Javier, GARCÍA PEREZ, Marta, y PERNAS GARCÍA, Juan José (2005): «Las lecciones jurídicas del Caso Prestige: diez tesis sobre la mejora de la seguridad del transporte marítimo y la protección del medio ambiente en España», en *Medio Ambiente & Derecho: Revista Electrónica de Derecho ambiental*, núm. 12-13, p. 8.
- SOBRINO HEREDIA, José Manuel (2003): «La acción de la Unión Europea en materia de seguridad marítima», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, núm. 1, pp. 79-116.
- SOSA WAGNER, Francisco (1987): *Manual de Derecho local*, Madrid, Tecnos, p. 107.
- VALENCIA MARTÍN, Germán (2000): «¿De quién es el mar? La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección del medio marino», en Sosa Wagner (coord.), *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant lo Blanch, vol. III, pp. 3589-3616.
- VALENTE GOMES, Paulo (2011): «O Tratado de Lisboa e a gestão de crises na União Europeia com impacto transnacional», en Brandão (coord.), *A luta contra o terrorismo transnacional: contributos para uma reflexão*, Coimbra (Portugal), Almedina, pp. 145-162.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (1994): «El medio ambiente en la Constitución: ¿derecho subjetivo y/o principio rector?», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 19, pp. 77 y ss.
- ZAMBONINO PULITO, María (2001): *La protección jurídico-administrativa del medio marino: tutela ambiental y transporte marítimo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 92-96.
- ZAMORA ROSELLÓ, María Remedios (2008): *Los incidentes marítimos en el Atlántico europeo y su influencia en la evolución del Derecho de la seguridad marítima*, A Coruña, Instituto Universitario de Estudios Marítimos, p. 21.
- (2009), *Régimen jurídico de la seguridad marítima*, Santa Cristina (A Coruña), Netbiblo, p. 7.

ZAMORANO WINES, José (2010): «La ordenación del espacio litoral y las competencias autonómicas y locales en el mar territorial», en Núñez Lozano (dir.), *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea: estudios de política marítima*, Madrid, Iustel, pp. 191-197.

LA OBTENCIÓN DE GAS ESQUISTO MEDIANTE FRACTURACIÓN HIDRÁULICA (FRACKING): UN ANÁLISIS COSTE-BENEFICIO PARA UN TRATAMIENTO REGULATORIO ADECUADO (*)

JOSÉ IGNACIO CUBERO MARCOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA REGULACIÓN DEL FRACKING Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. Legislación comunitaria e interna. 2. Conflicto competencial en torno a las leyes de prohibición.– III. COSTES Y BENEFICIOS ECONÓMICOS: 1. Inversiones y dependencia energética. 2. Estructura y regulación del mercado del gas. 3. Resultados económicos y el estudio caso por caso.– IV. IMPACTOS Y RIESGOS AMBIENTALES: 1. Suelo y emisiones atmosféricas. 2. Aguas. 3. Factores ambientales: residuos y sustancias químicas.– V. COSTES SOCIALES: SALUD DE LAS PERSONAS, AGUA Y RIESGO DE SEÍSMOS.– VI. LAS ENERGÍAS RENOVABLES COMO FACTOR DE PONDERACIÓN: 1. La estrategia actual del gobierno español en torno a las energías renovables: datos para la reflexión. 2. Consecuencias de las políticas adoptadas.– VII. CONCLUSIONES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En diversas zonas de España se ha procedido a realizar exploraciones con la intención de descubrir yacimientos de gas esquisto, es decir, aquel que se obtiene de la roca, frente a las fuentes convencionales como el petróleo o el gas natural, que proceden directamente del subsuelo. El problema para obtener ese tipo de gas estriba en que se emplea la fracturación hidráulica como técnica, que consiste en la perforación de la roca mediante la inyección de agua mezclada con otras sustancias químicas a una gran presión. Este sistema ocasiona numerosos impactos que afectan a elementos ambientales y ponen en peligro incluso la salud de las personas por la filtración de las sustancias químicas a los pozos subterráneos o acuíferos. El trabajo tiene por objeto describir los diferentes efectos que produce la actividad y los beneficios económicos que podría reportar, y lleva a cabo una ponderación de otros factores como el uso de energías renovables. Partiendo de todos esos datos, se plantea la necesidad de aprobar una regulación adecuada.

Palabras clave: gas esquisto; fracturación hidráulica; costes; beneficios; regulación.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de octubre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 10 de octubre de 2014.

ABSTRACT: *In different territories of Spain explorations have been carried out, in order to discover shale gas fields, it is to say, that is obtained from rocks, apart from conventional sources like oil or natural gas, that are extracted from soil. The difficult for getting this kind of gas is based on the technique that needs to be used: hydraulic fracturing. It consists in drilling the rock by means of the injection of water mixed with other chemical substances in a great pressure. This system produces a great amount of impacts that affect to environmental elements and puts at risk people's health as well, because of the filtration of chemical substances into wells of subsoil or aquifers. This work manages to describe the different effects that cause the activity, and analyze other factors like the use of renewal energies. Taking into account all that data, it seems necessary to pass an adequate regulation.*

Key words: shale gas; hydraulic fracturing; costs; benefits; regulation.

I. INTRODUCCIÓN

La obtención de gas esquisto mediante la técnica de fracturación hidráulica (*fracking*) ha suscitado no pocos debates y controversias tanto en el plano social como en el institucional. La búsqueda de recursos, que frene la dependencia energética que padecen Europa o España respecto a otros países, se perfila como el objetivo principal de la Unión Europea. Se ha permitido que los Estados miembros determinen las políticas más adecuadas en relación con el control e intervención administrativa; se han aprobado directrices, una suerte de *soft law*, cuyo objeto estriba en asegurar la protección medioambiental y la salud de las personas; por último, se ha animado expresamente a los Estados a incorporar determinados requisitos en las evaluaciones de impacto ambiental sobre proyectos extractivos (1). No puede olvidarse, por otro lado, la actividad de exploración que llevan a cabo compañías específicamente autorizadas, precisamente porque no puede garantizarse su inocuidad para el medio ambiente y la salud de las personas. Antes de exponer las principales cuestiones que trata de resolver el trabajo, conviene detenerse en el concepto de fracturación hidráulica y sus características (2).

Hace ya más de seis décadas en Estados Unidos se advirtió la posibilidad de extraer un tipo de gas no convencional, es decir, no procedente de elementos permeables como la arena, sino que se encuentra en rocas impermeables, como la pizarra (3). Las bolsas de gas se ubicarían en los poros repartidos por

(1) Recomendación de la Comisión Europea, de 22 de enero de 2014, relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen (2014/70/UE), DOUE L 39/72. Véase también STOKES (2014: pp. 42-49). Lleva a cabo un resumen completo de la recomendación.

(2) HOGOMMAT (2010: p. 427).

(3) PIERCE (2013: pp. 161 y 162).

el estrato de aquélla. Eso significa que no es suficiente para su obtención la perforación del subsuelo, sino que debería fracturarse la roca para que pueda salir a la superficie (4). El proceso para la extracción o fracturación hidráulica (*fracking*) se desarrolla en tres fases: en primer lugar, debe perforarse en vertical hasta unos 2.000 o 5.000 metros hasta alcanzar la capa del mineral (pizarra o esquisto). Segundo, se fractura la roca en horizontal, inyectando agua a una enorme presión mezclada con elementos químicos, que pueden alcanzar el 2% de esa disolución. El empleo de estas sustancias favorece un corte más limpio y permite alcanzar las bolsas de gas con mayor precisión. Por último, el gas asciende a la superficie a través del pozo, con el problema añadido de que el líquido inyectado regresa a la misma en un porcentaje muy reducido respecto al total (en torno a un 15 o 20%), que puede reutilizarse para una nueva fractura o que se deposita como residuo para su tratamiento.

Dada la agresividad de la técnica para elementos del medio físico como el suelo, el agua o la atmósfera, no tardó en surgir la preocupación por parte de asociaciones ecologistas o grupos de personas ligados al sector agropecuario, dado que muchas zonas de exploración, y posible extracción futura del gas, se ubican en las proximidades de pastizales o explotaciones agrícolas. Asimismo, tal y como habían puesto de manifiesto documentos e informaciones procedentes de Estados Unidos, el consumo de agua de la población podría resultar peligroso, debido a la filtración de sustancias químicas hacia acuíferos subterráneos de donde brotan las aguas que se destinan a consumo humano o animal. Asimismo, el abandono de los pozos en corto espacio de tiempo y los impactos que genera su explotación intensiva, invitan a cuestionar la viabilidad técnica, económica, social y medioambiental de esta técnica para extraer gas esquisto. De hecho, en Francia ya han propuesto una moratoria hasta concluir los estudios y análisis que sirvan para adoptar una solución definitiva acerca de su prohibición o autorización bajo ciertas condiciones (5).

Todo aquello significa plantearse si la obtención de gas esquisto a partir de esta técnica provoca un daño mayor que el beneficio que trata de obtenerse, por ejemplo, en lo que se refiere a la reducción de la dependencia energética. Este trabajo carece de una vocación general, abstracta y válida para todo tipo de proyectos. Sus aspiraciones son más modestas, de modo que, partiendo de la experiencia básicamente estadounidense, se exponen las ventajas e inconvenientes en el orden económico; se realiza una aproximación a los impactos que ocasiona la fracturación hidráulica desde una perspectiva ambiental, así como se proponen algunas medidas o alternativas que podrían mitigarlos o reducirlos; se describen algunos efectos

(4) ALLEN (2012: pp. 53-60)

(5) Art. 3 Ley 2011-835.

que la actividad del *fracking* podría ocasionar a la población y los riesgos que conlleva; y, por último, las últimas líneas se centran en la posibilidad de que los objetivos que pueden perseguirse mediante la fracturación hidráulica también puedan alcanzarse mediante energías renovables, cuyo impacto ambiental disminuye e, incluso, habría de estudiarse si, desde la perspectiva económica, la viabilidad en la promoción y potenciación de las renovables puede equipararse a la obtención de gas esquisto mediante *fracking*. Estas cuestiones probablemente requieran un estudio más exhaustivo caso por caso mediante evaluaciones ambientales de determinados proyectos. No obstante, los datos aportados y los resultados de los distintos estudios y experiencias pueden arrojar luz para los poderes públicos en la ponderación de los distintos derechos e intereses en presencia.

II. LA REGULACIÓN DEL FRACKING Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Legislación comunitaria e interna

En el ámbito de la Unión Europea, se publicaron diversos documentos en torno a esta materia. Algunos han servido para analizar el estado de la cuestión desde una perspectiva más técnica, como el informe del Parlamento Europeo de 25 de septiembre de 2012. En él, además de exponerse los riesgos de forma exhaustiva y apoyarse en argumentos científicos, se proponen soluciones o medidas que los estados han de tomar en consideración antes de autorizar cualquier tipo de proyecto que comporte la fracturación hidráulica (6). Con posterioridad, la Comisión Europea aprobó una recomendación y elaboró una comunicación en torno a la obtención de gas esquisto mediante fracturación hidráulica de alto volumen. Se considera que pertenecen a esta categoría las extracciones empleando la fractura hidráulica, cuando se produzca una inyección en un pozo de 1.000 o más metros cúbicos de agua o de 10.000 metros cúbicos durante todo el proceso de fracturación (7).

El *soft Law* otorga una amplísima libertad a los Estados miembros para aprobar o condicionar la fracturación a determinados requisitos, incluso para

(6) Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria (2011/2308(INI). A7-0283/2012).

(7) Recomendación de la Comisión Europea, de 22 de enero de 2014, relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen (2014/70/UE), DOUE L 39/72. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen, Bruselas, 22 de enero de 2014, COM (2014) 23 final.

prohibirla o establecer una moratoria, como ha sucedido en Francia (8). Lo que resulta criticable, en cualquier caso, es el rango que adoptan esos criterios, que impide, como la misma Comunicación de la Comisión reconoce, un tratamiento armonizado y equilibrado en los diferentes Estados miembros, cuestión que podría afectar al ejercicio de las libertades comunitarias. Aprobar recomendaciones u orientaciones, no sólo puede perpetuar el problema en torno a la necesidad de un marco común para la regulación de esta actividad en el seno de la Unión Europea, sino también provocar situaciones de *dumping* ecológico. Piénsese que se les otorga a los Estados una amplísima libertad para exigir una mayor o menor flexibilidad en la aprobación y aplicación de los requisitos para la implantación de instalaciones de *fracking* y el diagnóstico en torno a sus repercusiones ambientales. Dado que los estudios realizados no permiten asegurar la existencia de daños efectivos a la salud humana o ni siquiera un riesgo inminente, la Recomendación apoya abiertamente la posibilidad de permitir la actividad, aunque sometida a la correspondiente evaluación ambiental (9).

En España la Ley 21/2013, de evaluación ambiental, introdujo en su anexo la obligatoriedad de la evaluación ambiental para la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamiento de dióxido de carbono, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica (10). No estarían sujetas al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, en cambio, las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigo, previos a proyectos de perforación que requieran la utilización de aquellas técnicas. La evaluación se extiende, además, a las instalaciones y estructuras necesarias para la extracción, tratamiento, almacenamiento, aprovechamiento y transporte del mineral, acopios de estériles, balsas, así como las líneas eléctricas, abastecimiento de agua y su depuración y caminos de acceso nuevos. Se incluyen actividades de explo-

(8) Art. 3 Ley 2011-835. Véase también Art. 2 Décret no 2012-385 du 21 mars 2012 *relatif à la Commission nationale d'orientation, de suivi et d'évaluation des techniques d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures liquides et gazeux*.

(9) LÓPEZ RAMÓN (2014: p. 6).

(10) Véase también art. 5 Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Hidrocarburos, que permite expresamente el empleo de esta técnica y lo somete a evaluación de impacto. En Cataluña, solamente no estará permitida cuando pueda tener efectos negativos sobre las características, geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona (art. 47.10 Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Urbanismo de Cataluña). Esta cláusula se ha introducido con motivo de la aprobación de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas de Cataluña. En Andalucía, se ha implantado la obligatoriedad de autorización ambiental integrada (Anexo I Ley 7/2007, de 9 de julio, de la Gestión de la Calidad Ambiental). Asimismo, el rechazo de las iniciativas legislativas populares en la Comunidad Autónoma del País Vasco y en Castilla la Mancha.

ración que no se refieran a sondeos para la toma de testigo (11). No significa que la actividad se permita en cualquier caso, sino que debe someterse a la evaluación ambiental, cuya normativa establece la posibilidad de que el proyecto sea rechazado o no autorizado o por falta de viabilidad (12). Aún así, los permisos de explotación se hallan condicionados por factores políticos que imperan sobre las consideraciones de tipo técnico, más ligadas al estudio de los problemas ambientales que presenta la ubicación del proyecto (13). Uno de los objetivos de este trabajo consiste en identificar los impactos ambientales y la posibilidad de que sean de algún modo compensados o mitigados por medidas correctoras, tomando en consideración los posibles beneficios o efectos positivos del *fracking*.

Pese a todos estos precedentes, más proclives a la permisividad del *fracking*, algunas comunidades autónomas, inspiradas en informes científicos y en los trabajos publicados por las instituciones comunitarias, decidieron prohibir el *fracking*. En concreto, la Ley navarra establece la imposibilidad de llevar a cabo la exploración y explotación de los hidrocarburos no convencionales mediante fracturación hidráulica. Asimismo, se les obliga a las autoridades a hacer cumplimiento efectivo de esa norma, de modo que han de paralizar o impedir la actividad mencionada en el suelo de la Comunidad Foral, al tratarse de un uso prohibido (14). Esta decisión se adoptó en virtud de la competencia de la Comunidad Foral en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, así como protección del medio ambiente, los ecosistemas, higiene y sanidad. Contra la Ley Foral se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad, y su aplicación se halla suspendida hasta la resolución del recurso.

2. Conflicto competencial en torno a las leyes de prohibición

En cualquier caso, no parece que la Ley foral vaya a prosperar, en tanto que las otras dos leyes (15), la riojana y la cántabra han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en recientes sentencias (16). Se

(11) Anexo I. Grupo 2 LEA. La toma de testigo consiste en reconocer el terreno y definir sus características. En la terminología técnica se le conoce como «sondeo geotécnico», que se lleva a cabo mediante perforaciones de pequeño diámetro (entre 65 y 140 mm), al objeto de obtener muestras y realizar algún ensayo en ese espacio.

(12) Art. 41 Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

(13) GARCÍA URETA (2014: p. 339).

(14) Arts. 1, 2 y 3 Ley Foral 21/2013, de 15 de octubre.

(15) Ley 1/2013, de 15 de abril, del Parlamento de Cantabria y Ley 7/2013, de 21 de junio, de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

(16) STC 106/2014, de 24 de junio, en el caso de la Comunidad Foral de Navarra y la 134/2014, de 22 de julio para la Ley de la Comunidad de la Rioja.

alegaban prácticamente los mismos títulos competenciales que justificaban la regulación de esta materia, así como su prohibición. El Tribunal Constitucional no anuló las leyes por cuestiones sustantivas, sino por la invasión competencial que, a su criterio, llevaban a cabo aquéllas leyes. En concreto, invoca el TC la competencia del Estado para la regulación de las bases en materia de régimen minero y energético, así como en materia de ordenación general de la economía y de protección del medio ambiente. Según el fallo, la prohibición absoluta e incondicionada de una determinada técnica de investigación y explotación de hidrocarburos no puede decidirse por una Comunidad Autónoma. Ésta podría imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones no previstas en la legislación estatal, pero sin alterar el ordenamiento básico en materia de régimen energético y minero (17). En el caso de la sentencia que anula la Ley riojana, añade la necesidad de que se tramite el procedimiento de evaluación ambiental correspondiente para medir la intensidad de los riesgos y las medidas para mitigarlos o reducirlos (18).

En ambas sentencias se expuso un voto particular cuyo contenido merece destacarse, aunque sea de forma resumida, al objeto de justificar la necesidad de un examen pormenorizado y caso por caso de los costes y los beneficios del *fracking* en las evaluaciones ambientales que pudieran llevarse a cabo (19). Primero, se refieren al uso indebido del principio de precaución en la argumentación del fallo, puesto que los datos en torno a los eventuales riesgos para la salud son terminantes y no puede detectarse tal grado de incertidumbre en la fracturación hidráulica. Segundo, no se hace mención a la necesidad de que se apruebe una regulación específica que contemple la obligatoriedad de una serie de medidas y procedimientos vinculados a una actividad con este grado de riesgo. Tercero, el TC no adopta el clásico criterio, consistente en ponderar los títulos competenciales, tal y como ha venido contemplando en su acervo. Eso significa, en último término, ignorar por completo los títulos correspondientes a las Comunidades Autónomas y realizar un examen plano que obvia la teoría del equilibrio entre distintas competencias, cuando se entrecruzan o superponen entre sí. El hecho de no tomar en consideración los efectos ambientales conllevaría omitir la protección de derechos constitucionales como la vida o la integridad física o ignorar principios rectores como la sanidad o la salud públicas.

Debe llevarse a cabo, en consecuencia, un examen más detenido y profundo de los impactos del *fracking*, al objeto de regular la actividad de un

(17) STC 106/2014, FJ 8º.

(18) STC 134/2014, de 22 de julio, FJ 2º e).

(19) El voto particular lo suscriben los Magistrados Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol, así como la Magistrada Adela Asua.

modo que permita atenuar los riesgos o eliminarlos, para lo cual también se precisaría el concurso de las Comunidades Autónomas (20). La cuestión crucial en torno a esta materia es si realmente existe una concordancia o proporción suficiente entre los medios empleados y los fines que establece el ordenamiento jurídico. Se impone, en consecuencia, la aplicación del principio de proporcionalidad para medir si el sacrificio que soporta el medio ambiente reporta un beneficio para la comunidad que sea lo suficientemente aceptable, y determinar hasta dónde puede alcanzar el mismo. Éste es, en último término, el objeto del trabajo al analizar los costes y los beneficios.

III. COSTES Y BENEFICIOS ECONÓMICOS

1. Inversiones y dependencia energética

La fracturación hidráulica comporta la realización de cuantiosas inversiones en infraestructura, personal, permisos y en la adopción de alternativas o medidas que tiendan a reducir el impacto ambiental, más allá de que se exijan por parte de las autoridades públicas deberes de limpieza, reparación y restitución una vez que se hayan explotado los pozos (21). Ahora bien, se trata de averiguar si realmente tal sacrificio económico puede reportar unos beneficios tales que las consecuencias nocivas para el medio ambiente y la salud de las personas no resulten irreversibles. La práctica reciente en diversos países ha puesto de manifiesto que los costes económicos de exploración y extracción provocan pérdidas y perjuicios mayores para los elementos del medio físico y para el ser humano que habita en el entorno.

Por una parte, para obtener cierta rentabilidad, resulta indispensable la instalación de varias plataformas o pozos, entre los cuales puede mediar mucha o poca distancia. La cuestión es que el impacto sobre el suelo, el agua o la atmósfera, se incrementaría sustancialmente, al expandirse los espacios físicos afectados (22). Por otra, se ha demostrado en diferentes explotaciones que no compensaba en absoluto la inversión, porque en muchos casos el gas de esquisto se agotaba con cierta rapidez en cada pozo y era necesario continuar perforando en otras zonas para amortizar lo invertido. En otras palabras, no parece que pueda obtenerse una rentabilidad a largo plazo por las empresas, algo nada nuevo tratándose de actividades relacionadas con la extracción de hidrocarburos, en que un gran número de inversiones no pue-

(20) LÓPEZ RAMÓN (2014: p. 9).

(21) SPELLMAN (2012: p. 166). La inversión en tecnologías disponibles es indispensable para evitar daños mayores al medio ambiente y a la salud de las personas.

(22) MOREU CARBONELL (2012). Véase <http://www.cedat.cat/ca/contacta>.

den recuperarse por los elevados costes fijos. No puede negarse que Europa padece una dependencia energética que ha ido creciendo progresivamente hasta 9 puntos desde el año 1990, alcanzando en el año 2012 un 53,4% en la Unión formada por los 27 estados. Eso significa que, de cada 100 unidades energéticas en Europa, más de la mitad han de ser importadas, lo que supone año a año un lastre para la balanza comercial de la Unión Europea (23). La estadística recoge datos procedentes, por ejemplo, de Noruega que cuenta con un amplio superávit energético. En el caso del Estado español, por ejemplo, la dependencia asciende al 73% en el año 2011. Estos datos muestran la necesidad de recabar recursos energéticos, especialmente el gas, si bien no debería desdeñarse otro tipo de fuentes, como las renovables (24).

En Europa se obtiene más cantidad de energía de las fuentes renovables (20,1 %) que de la producción propia del gas natural (18,8%) (25). Las fuentes de aprovisionamiento de gas para la Unión Europea son, al margen de países como Reino Unido, Holanda y, sobre todo, Noruega, Rusia y Argelia y, de forma incipiente, los países del Asia Central y antiguas repúblicas de la Unión Soviética, como Kazajistán, Turkmenistán y Uzbekistán. Todas ellas son las fuentes más baratas que pueden abastecer a través de oleoducto. En el transporte por mar las importaciones provienen de Irán o Qatar. A todo ello ha de añadirse que los mercados de generación de gas se encuentran bajo el control de potentes empresas —en muchos casos nacionalizadas— que han consolidado unos derechos de aprovechamiento en la cadena del gas. Conservan la mayor parte de las reservas y su presencia es necesaria para afrontar las enormes inversiones en tecnología e infraestructuras. Por ello, muchas compañías privadas han rechazado de hecho su entrada en el mercado de la generación, dejándola en manos de los operadores que ejercen un monopolio en este segmento del mercado (26). En los Estados Unidos de América la evolución resultó más productiva, al detectarse un descenso en los precios del gas natural en diez años casi un 300% (27).

Esa estructura condiciona notablemente la determinación de los precios y la relación oferta y demanda, debido a la rigidez de esta última y a la posición de dominio de los abastecedores. El precio del producto se incrementa debido a la débil posición negociadora de muchas empresas suministradoras que

(23) <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tsdcc310&plugin=1>.

(24) TIETENBERG (2013: p. 323). SUZUKI (2014: pp. 274-275).

(25) <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=ten00076>.

(26) ARIÑO ORTIZ (2008: p. 13).

(27) HEAL y MILLNER (2014: p. 127).

necesitan comprar el gas para operar en su segmento (28). Esta tendencia se ve agravada por la dependencia energética comentada anteriormente respecto a Rusia, Argelia o los países del golfo pérsico. La liberalización de la cadena del gas en los servicios de distribución, suministro y comercialización depende de la actuación de los grandes productores, puesto que el almacenamiento y la distribución del gas a los hogares y empresas requiere afrontar un coste y desplegar inversiones que se ven afectadas por el precio que deben pagar por adquirir el gas. De forma más reciente, la Comunicación de la Comisión Europea ha planteado la posibilidad de que el gas de esquisto se considere un sustitutivo de los combustibles fósiles que emiten más carbono, una fuente autóctona de gas natural que reduciría la dependencia de proveedores de energía de fuera de la UE, así como un posible motor de empleo, crecimiento económico y fuente adicional de ingresos públicos (29).

2. Estructura y regulación del mercado del gas

La Directiva europea en materia de hidrocarburos estableció una separación de actividades, de forma que los productores no podrían prestar servicios de distribución o comercialización. En concreto, las filiales de la empresa integrada verticalmente, que lleven a cabo funciones de producción o suministro, no tendrán ninguna participación directa ni indirecta en ninguna filial de la empresa integrada verticalmente que lleve a cabo funciones de producción o suministro, ni recibirá dividendos ni beneficio alguno de esa entidad (30). Es lo que se denomina una segregación vertical de la actividad (31). Esta medida se explica por la necesidad de asegurar la libre competencia entre los operadores de distribución europeos, dado que los productores ya de por sí ocupan posiciones de oligopolio en el mercado mundial (32). El problema es que estos mercados de distribución también se encuentran condicionados por la rigidez de la demanda en el segmento de la generación, de forma que tan sólo podrán sobrevivir, no sólo aquellas empresas que dispongan de suficiente capital para costear las nuevas tecnologías y las infraestructuras, sino también las que están dispuestas a pagar los precios determinados por las compañías

(28) PIERCE, R.J. (2013: pp. 168 y 169).

(29) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen, Bruselas, 22 de enero de 2014, COM (2014) 23, p. 3. Véase también, STOKES (2014: pp. 42-48) y COURNIL (2012: pp. 428 y 429).

(30) Art. 18.3 Directiva 2009/73/CE, de 13 de julio, por la que se aprueban normas comunes para el mercado interior del gas natural. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA (2009: pp. 519-522).

(31) Sánchez GUTIÉRREZ (2006, pp. 57-63).

(32) GUILLÉN CARAMÉS (2009: pp. 1073-1089).

nacionalizadas de los países productores o, al menos, que puedan afrontar la volatilidad de sus decisiones. Por ello, se ha pretendido en la legislación comunitaria limitar a un solo gestor, llamado «independiente», el segmento del transporte (33).

En este punto intervienen también estrategias geopolíticas de expansión de los mercados y la necesidad de trazar redes e infraestructuras que faciliten el transporte. Es bien sabido el interés de Rusia en impedir el trazado de gasoductos desde Oriente Medio y las repúblicas ex soviéticas de Turkmenistán, Uzbekistán y Azerbaiyán hasta los países de la Unión Europea, debido a que se reduciría la dependencia excesiva de gran parte de los países europeos respecto al gas ruso (34). La seguridad y continuidad del suministro se presentan como las razones principales para que los estados planteen estrategias monopolísticas en materia de transporte, alejadas de los postulados clásicos del mercado (35). Además, una vez garantizada la provisión de gas, el resto de prestadores de la cadena (distribuidores y comercializadores) han de competir de forma leal para ofrecer precios más asequibles a los usuarios (36).

El informe del Parlamento Europeo, acerca de los efectos de la extracción del gas esquisto en aspectos industriales y económicos, destaca el impacto positivo que la extracción por fractura hidráulica ha ocasionado en Estados Unidos, puesto que ha comportado una reducción de precios en el mercado del gas natural y la electricidad, lo que significaría un impacto sobre la competitividad de las economías y el sector industrial en Europa. Esta mejora en la producción también podría acarrear otras consecuencias en el ámbito mundial, en tanto que una reducción de los precios del gas para países competidores respecto a la Unión Europea mejorará su posición en los mercados mundiales. Además, todo ello supondría fortalecer la posición de los clientes frente a los proveedores ante el incremento de la oferta (37).

Por otra parte, del mismo informe se desprende la importancia de obtener mayores niveles de gas para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero como consecuencia de la combustión de otros combustibles fósiles. El gas esquisto, en sus palabras, «podría desempeñar, en ese sentido, un papel clave, en particular en aquellos Estados miembros que consumen

(33) SERRANO DUBLAN (2009: pp. 90-92). Sánchez RODRÍGUEZ (2009: pp. 399-402).

(34) ÁLVAREZ PELEGRY y BALBÁS PELÁEZ (2003: p. 252).

(35) GÓMEZ-FERRER RINCÓN (2009: pp. 167-168). Se plantea claramente una problemática respecto a la compatibilidad de las estrategias de fusión y oligopólicas con el Derecho de la competencia.

(36) BACHETTA (2013: p. 69).

(37) Informe del Parlamento Europeo, de 25 de septiembre de 2012, sobre aspectos industriales, energéticos y otros del gas y del petróleo de esquisto [2011/2309 (INI)], Comisión de Industria, Investigación y Energía, p. 6.

actualmente cantidades ingentes de carbón en la generación de energía» (38). Aún así, tampoco queda del todo claro que la misma fracturación hidráulica no provoque emisiones contaminantes, por lo que deben realizarse estudios en torno al análisis completo del ciclo de la vida útil de las emisiones de gases de efecto invernadero derivadas de la extracción y producción de gas esquisto, a fin de garantizar que se contabilizan correctamente en el futuro. Por otro lado, no puede olvidarse que la generación de energía puede proceder de otras fuentes, como las renovables y que, pese a la obtención del gas, sería imprescindible trazar una infraestructura que permitiera su almacenamiento en condiciones de seguridad y su distribución mediante redes de gasoductos.

Como bien se conoce en los sectores en red, los costes fijos en la implantación de las redes de suministro y distribución requieren una lenta amortización y un considerable grado de consolidación del sector (39). Ése es otro de los retos al que se enfrenta el *fracking* desde una perspectiva económica y que ha traído no pocos quebraderos de cabeza en otros países como en Polonia: la necesidad de que las inversiones puedan ser cubiertas con un margen de rentabilidad razonable en el medio plazo, pues, de lo contrario, la exploración y extracción no compensarían los costes ambientales que implica esta actividad (40). Piénsese que, para obtener un nivel adecuado de producción, es imprescindible perforar en diversas plataformas o pozos, lo que incrementaría de forma significativa el impacto en los elementos del medio físico, básicamente el suelo y el agua. En ese sentido, también el Parlamento Europeo muestra la preocupación por el consumo hídrico excesivo para la fracturación de la roca a presión, lo cual repercute en otros sectores con importantes necesidades de recursos hídricos, como la agricultura o la ganadería.

3. Resultados económicos y el estudio caso por caso

Según algunos estudios, la extracción del gas esquisto depende más de la energía requerida en el proceso de su extracción que de su coste económico. Es lo que se conoce como Tasa de Rentabilidad Energética, o el cociente entre la cantidad de energía total que es capaz de producir una fuente de energía y la cantidad de energía que es necesario emplear o aportar para explotar ese recurso energético. La tasa del gas esquisto no supera la cifra de 3:1 o

(38) Informe del Parlamento Europeo..., cit., p. 7.

(39) CABALLERO Sánchez (2003: pp. 129-134).

(40) <http://www.bbc.co.uk/news/business-22459629?print=true>[10/05/2013 9:28:19]. Véase también Wall Street Journal, «Exxon Ends Drilling for Polish Shale Gas», June 2012, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052702303836404577474532500852896.html>.

2:1 (41). Además, la productividad de estos pozos, según esos estudios, es muy baja y su producción decae muy deprisa, tanto que durante el primer año un pozo de gas no convencional típico produce el 80% de todo el gas de su vida útil (42). De hecho, en lo que se refiere a la rentabilidad económica, las empresas que se dedican a la explotación del gas esquisto perdieron 10.000 millones de dólares en 2012 (43). Los datos al respecto muestran un patrón: la producción decrece hasta cotas cercanas a cero en apenas un año o año y medio, lo que da a entender que la explotación alcanza un recorrido de dos años, como máximo, es decir, un ciclo económico propio del corto plazo. Eso explica por qué los datos que presenta el Parlamento Europeo resultan tan optimistas. La oferta de gas se ha incrementado de forma apreciable, sin embargo, se han agotado los pozos con un coste de recuperación ambiental que probablemente no sirva para aumentar las reservas de gas.

Estas intenciones de obtener beneficio rápido han destapado ciertas teorías en torno a los fines especulativos de la actividad de fracturación. Así, se ha planteado la posibilidad de que los mismos intermediarios de *Wall Street* hayan promovido el *fracking* al objeto de reducir de forma considerable los precios del gas en un corto plazo de tiempo, incrementando, en consecuencia, el valor de las acciones de las empresas productoras. Además, la mejora de la actividad industrial y la creación de empleo, directo o indirecto, no parecen datos significativos en las cifras macroeconómicas que presenta Estados Unidos. En cuanto a los costes económicos, puede aportarse otro dato especialmente relevante respecto a las extracciones de gas convencional: la recuperación de las inversiones en las explotaciones de gas esquisto en los mejores emplazamientos ronda porcentajes de entorno al 6,5%, lo que contrasta con las de gas convencional, que rondan del 75% al 80%. La enorme deuda contraída por las empresas extractoras y las dificultades para amortizar las inversiones han empujado a unas pérdidas acrecentadas en el país norteamericano por la bajada de los precios del gas. La burbuja financiera se habría originado en parecidos términos a los sucedidos en otros sectores, como el de las telecomunicaciones o el inmobiliario. Se trata de incrementar la cotización de las acciones de compañías que prestan su actividad en un incipiente y productivo

(41) Véase al respecto: <http://resourceinsights.blogspot.com.es/2010/12/will-shale-gas-turn-out-to-be-energy.html>.

(42) URRÁ URBIETA (2013). Véase www.rebellion.org. Sostiene que los ritmos de decaimiento son tan rápidos que se tiene que estar perforando continuamente y a gran velocidad nuevos pozos para mantener la producción y ese ritmo crece a medida que se intenta producir más gas por este método. Como ejemplo, cita el yacimiento de la cuenca de Barnett, en Dallas, uno de los mayores de Estados Unidos, en menos de cinco años desde el comienzo de su explotación se han dado por agotados 16.000 de los 22.000 pozos practicados en la cuenca.

(43) HUGHES (2013: pp. 307 y 308).

sector económico para obtener beneficios a corto plazo, sin advertir los costes económicos a largo plazo, como las dificultades en recuperar las inversiones, las pérdidas o el descenso de los precios (44). Asimismo, los perjuicios de las emisiones o de la calidad de las aguas, así como el deterioro de las carreteras por el paso de los camiones que transportan la energía no parece que vayan a restablecerse tan fácilmente a cambio de unas ganancias a corto plazo y que tan sólo favorecen a los intermediarios financieros (45).

Aún así, cabría plantearse el interrogante en torno a si la explotación, cercana a cotas máximas en el continente europeo, supondría una mejora significativa en la dependencia energética que permita compensar los excesivos costes y riesgos sanitarios y medioambientales. La respuesta parece ofrecerla, eso sí con cierta cautela, la Comunicación de la Comisión Europea correspondiente al año 2014. En concreto, alude a que la UE no será autosuficiente y únicamente impedirá que incremente su dependencia de las importaciones de gas. Supondría satisfacer un 10% de la demanda de gas hasta el año 2035, lo que permitiría que los Estados diversifiquen sus fuentes de energía y refuercen su seguridad de abastecimiento. Y todo ello en el mejor de los casos, es decir, cuando el gas esquisto representará el 3% del total de energía empleada en la UE. Además, sostiene que los precios del gas registrarían una bajada moderada o podría evitarse que subieran, gracias a una hipotética mejora en la posición negociadora frente a los grandes proveedores de gas (46). Asimismo, se recoge la posibilidad de generar beneficios para las comunidades locales y las regiones, directos o indirectos, en forma de inversiones en infraestructuras o creación de empleo. Ahora bien, carecería de sentido afrontar inversiones públicas costosísimas en infraestructuras o crear un empleo temporal o precario tomando en consideración, como se ha expuesto anteriormente, que las explotaciones de gas esquisto no operarían a largo plazo o que el coste de recuperación ambiental resulta mucho mayor que todas las inversiones realizadas.

IV. IMPACTOS Y RIESGOS AMBIENTALES

1. Suelo y emisiones atmosféricas

En primer lugar, la colonización del suelo alcanzaría niveles significativos, debido a la gran cantidad de pozos que han de establecerse de acuerdo

(44) ROGERS (2013). Véase en <http://shalebubble.org/wp-content/uploads/2013/02/SWS-report-FINAL.pdf>.

(45) *El País* 21 de octubre de 2012. Declaraciones de Anthony Ingraffea recogidas en ese diario, en relación con el incremento, en Estados Unidos, de las emisiones de gas metano en torno a un 49%.

(46) COM (2014) 23 final, p. 5.

con la experiencia de otros países en los que se ha implantado esta técnica. Además, cada uno de ellos podría ocupar hasta dos hectáreas más los caminos de acceso y otras infraestructuras. Piénsese en la posible contaminación del suelo en todos aquellos pozos que hayan sido abandonados, bien por su agotamiento, bien por la infructuosa exploración que han experimentado. En esos casos cabría exigir una limpieza que recaería sobre los operadores con supervisión de las autoridades competentes (47). La técnica de estimulación del pozo resulta más intensiva, lo que requiere el establecimiento de un mayor número y la ocupación, en consecuencia, de mayor superficie. Los pozos de esquisto tienen una productividad menor que los pozos convencionales, de ahí la ocupación de un espacio más amplio (48).

En segundo lugar, la extracción del gas repercute en las emisiones al medio ambiente atmosférico por el metano (con un efecto invernadero 21 veces mayor que el del dióxido de carbono). Así, se expulsaría a la atmósfera mediante escapes, venteo, o desde las balsas de acumulación del agua empleada. Dado el intenso tráfico rodado para el transporte y la combustión de gases residuales, así como la evaporación de tóxicos volátiles, se incrementarían los niveles de dióxido de carbono en la atmósfera. Algunos estudios han concluido que la principal clave para medir los gases de efecto invernadero es la productividad de los pozos de corta duración, las emisiones de metano del fluido de retorno durante la fase final de la combustión, así como el contenido de dióxido de carbono del gas extraído. En cierto estudio se ha llegado a calcular que en unos 20 años la explotación de petróleo y gas no convencional dejará una huella de carbono muy superior a la del carbón (49). Aún así, también se ha estimado que la extracción por presión emite un 30% de dióxido de carbono menos que la quema de combustible (50).

Las formas de reducir el impacto podrían consistir en la captura y almacenamiento del carbono en el punto de combustión del gas, aunque es un planteamiento que todavía se está investigando. Asimismo, podría reciclarse el metano a partir de diferentes tipos de biomasa o a partir de electricidad renovable a modo de almacenamiento de electricidad. Los niveles de gases de efecto invernadero emitidos no son proporcionales al gas extraído, como sucede en el caso del dióxido de carbono. Al contrario, a mayor productividad de gas del pozo, se reduce el grado de emisiones de aquellos gases (51). De todos modos, no hay datos disponibles sobre la composición del gas

(47) WALTER (2012: p. 567).

(48) COM (2014) 23 final, p. 6. Véase también, ALLEN (2012: pp. 53-60).

(49) BACHETTA (2013: p. 64).

(50) HALL (2011). Véase http://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty_scholarship.

(51) MCKAY, JOHNSON, ALBERTS y SALITA (2011: pp. 128-134).

esquisto en Europa, si bien difiere significativamente de la composición del gas convencional. Coinciden las investigaciones en que el gas no convencional extraído de este modo posee un mayor grado de emisiones que el gas natural convencional importado (52).

Al respecto, la Comunicación de la Comisión, en torno a las emisiones de gases de efecto invernadero, señala que podrían ser entre un 41% y un 49% inferiores a las que se producen en la generación de electricidad a partir del gas convencional de gasoducto fuera de Europa, y entre un 7% y un 10% más bajas que las de la producción de electricidad a partir de gas natural licuado importado en Europa. Aún así, se reconoce la necesidad de reducir convenientemente las emisiones de gases de efecto invernadero, sobre todo de metano, asociadas al proceso de extracción (53). En la Recomendación de la Comisión Europea se hace referencia a la necesidad de incluir un estudio previo con anterioridad a la evaluación ambiental que contenga los aspectos indispensables para determinar la calidad del aire (54).

2. Aguas

La contaminación del agua se presenta como un riesgo de notables dimensiones, no sólo en la salud de las personas, sino también en la supervivencia y desarrollo de los ecosistemas y la cadena trófica. Muchas de las sustancias químicas empleadas en la fracturación de la roca no han sido publicadas y de su mezcla con el agua tampoco se ha obtenido información relevante en torno a sus efectos en la biodiversidad y en los recursos naturales. Los fluidos procedentes de las inyecciones a presión podrían penetrar en la roca y desbordarse hacia otros estratos en el que se encuentran aguas subterráneas o pozos que pueden desembocar en ríos o que sirven para el riego de los cultivos, los abrevaderos del ganado o para el consumo propio de las personas en determinados núcleos rurales. Es posible que el gas metano se filtre por otras fisuras de los estratos, llegue a la superficie o a las bolsas de agua (55). No puede ignorarse la composición del agua de retorno, es decir, aquella que ha sobrado tras haber llevado a cabo la fracturación. Se encuentra plagada de

(52) JEFFERIS (2012: p. 98).

(53) COM (2014) 23 final, p. 5.

(54) Recomendación Comisión Europea de 22 de enero de 2014..., cit., ap. 6.2 c).

(55) URKIDI, BAZTÁN, OTERO y FERNÁNDEZ DE PINEDO (2012). Véase en <http://revistasoberaniaalimentaria.wordpress.com/2012/04/10/el-fracking-un-atentado-contra-el-territorio-y-la-soberania-alimentaria>. Cita también investigaciones en Estados Unidos respecto al nivel de gas metano encontrado en las aguas de terminados estados de Pennsylvania y Nueva York. Así, el 85% de los pozos de agua dulce analizados en aquellos estados contenían metano relacionado con el *fracking*.

sustancias químicas que proceden de la inyección, así como de los componentes de la misma roca al ser perforada. Se ha propuesto su impermeabilización máxima, toda vez que puede acabar expandiéndose hacia otros elementos ambientales, básicamente el suelo y, en su caso, las especies (56).

Asimismo, se exige una demanda de agua significativa, lo que representa un riesgo en zonas donde escasea sensiblemente. Piénsese, no sólo en las actividades económicas asociadas al consumo de agua, como las agropecuarias, sino también en el sostenimiento ecológico de una zona determinada y la conservación de la biodiversidad (57). No resulta sencillo, además, depurar o reutilizar el agua empleada en la fracturación, dada la falta de infraestructuras adecuadas para ello (58). Además de realizarse un diagnóstico, previo al funcionamiento de la instalación extractiva, acerca de la calidad y las características de flujo de las aguas superficiales y subterráneas, los operadores han de elaborar en el estudio previo un plan de gestión de recursos hídricos específicos para el proyecto, con objeto de garantizar un uso eficaz del agua durante la realización del proyecto, así como garantizar la rastreabilidad de los caudales de agua y su disponibilidad. Estas premisas las recoge la Recomendación de la Comisión respecto a la utilización de la fractura hidráulica de alto volumen para obtener gas esquisto (59).

Al objeto de reducir los riesgos de contaminación de las aguas, el Parlamento Europeo ha propuesto que se introduzca un análisis de referencia obligatorio de las aguas subterráneas y los componentes geológicos del terreno donde se emplace una plataforma de esquisto antes de la autorización (60). Conocer el estado del elemento líquido en origen, antes de llevar a cabo la fracturación, puede arrojar datos comparativos en torno a la afectación real a las aguas subterráneas. Las filtraciones dependerían de la permeabilidad y las diferencias potenciales en los estratos geológicos implicados (61). Deberían mitigarse los riesgos de afectación a los acuíferos y aguas subterráneas estableciendo una distancia prudencial o un estudio geológico exhaustivo en torno a si perviven las fuentes de agua y en qué lugares desembocan. En este sentido, es imprescindible analizar el origen de la contaminación o del futuro riesgo o impacto para el medio ambiente.

(56) MOONEY (2012: p. 82).

(57) COMAN (2012: p. 136).

(58) DEGENHARDT (2012: pp. 40 y 41).

(59) Aps. 3.2 b) y 9.2 a) Recomendación de la Comisión Europea..., cit.

(60) Informe del Parlamento Europeo, de 25 de septiembre de 2012, sobre las repercusiones medioambientales de la extracción de gas y petróleo de esquisto [2011/2308 (INI)]. Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria, p. 10.

(61) JACKSON, OSBORN, VENGOSH y WARNER (2011).

Según el estudio del Parlamento Europeo en torno a los riesgos del *fracking*, en ausencia de zonas de fallas o estructuras similares, una distancia de seguridad en vertical de 600 a 900 metros entre la actividad de fracturación y las fuentes de obtención de agua, sería suficiente para evitar la contaminación de los acuíferos. El dato relevante que parece desprenderse de aquí es el que hace referencia a la existencia de fallas o fracturas de la roca (62). Aun así, los procesos de permeabilidad del subsuelo son a menudo lentos y deberían analizarse los efectos de la fracturación a largo plazo. Las consecuencias reales de la inyección de hidrocarburos tan sólo serían visibles después de décadas. Por ello, según los estudios de la Comisión parlamentaria europea, el conocimiento de base disponible no es suficiente para analizar los efectos a largo plazo de cualquier sistema geológico (63). Se ha puesto de manifiesto, asimismo, la necesidad de producir un fuerte revestimiento que impida filtraciones a las rocas, pese a la presión que se ejerce para perforar la roca (64).

La Recomendación acerca de la fractura en alto volumen alerta en torno a la necesidad de comprobar la integridad del pozo, sometiéndolo a pruebas verificadas por expertos independientes y cualificados que garanticen el rendimiento operativo del mismo y su seguridad ambiental y sanitaria en todas las fases del proyecto. Asimismo, durante el proceso de este tipo de fracturación, han de operar de forma controlada y aplicando una gestión adecuada de la presión, al objeto de contener las fracturas dentro del yacimiento y de evitar la sismicidad inducida (65).

Las aguas o líquidos residuales producidos en el proceso de inyección, más allá de ocasionar graves perjuicios a los suelos, también pueden extenderse, por el transporte y sedimentación de materiales, a otras zonas, en principio alejadas de las perforaciones. Al respecto, debería aplicarse la normativa ambiental relativa al tratamiento de aguas residuales y los planes de gestión del agua, en colaboración con las empresas suministradoras de agua potable y las autoridades competentes (66). Nótese que del informe emanado del Parlamento Europeo se desprende la inexistencia actualmente de mecanismos adecuados para el tratamiento de las aguas residuales procedentes de la fracturación

(62) PARLAMENTO EUROPEO, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department. Citizens'rights and Constitutional Affairs, «Impacts of shale gas extraction on the environment and on human health», 2012, p. 13.

(63) *Ídem*, Parlamento Europeo, p. 15.

(64) MOONEY (2012: p. 86).

(65) Ap. 9.2 d) Recomendación de la Comisión. SCOTT (2013: p. 192). Se han propuesto nuevas técnicas para reducir el riesgo de fuga y el impacto de la perforación en el suelo. Así, la extracción horizontal, que permite distribuir la salida del gas a través de diversas tuberías que parten de un solo punto.

(66) STRATTON-CHILDERS (2011: pp. 15-18).

hidráulica (67). Se considera que por cada inyección tan sólo regresa a la superficie un 8% del agua empleada, mientras que el resto (92%) permanece en las reservas. Esta última cantidad de agua puede ascender de nuevo a la superficie en las subsiguientes inyecciones, con lo cual prácticamente el 92% de las aguas que permanecen en la roca se consideran residuales, debido a que se mezclan con las sustancias de la propia roca, al margen de que ya incluía determinadas sustancias químicas que provocan la fracturación más eficaz, como el azufre, el propano, el polioxietileno, etc.

El agua que regresa a la superficie puede recibir un tratamiento distinto. Podría destinarse a la reinyección o simplemente considerarse un residuo más que puede ser transportado a plantas de depuración de aguas. Esta última solución no parece demasiado viable, en tanto se han detectado dificultades para encontrar mecanismos adecuados para la depuración. Por último, podría reutilizarse para producir combustibles, tal y como sucede con el compost de las instalaciones agrícolas o industriales, dados sus componentes químicos, como el metano o el propano (68). Aún así, la experiencia en el tratamiento de este tipo de aguas residuales puede calificarse como limitada, en tanto que no se han encontrado soluciones comercialmente viables que permitan dar respuesta a la variedad de las posibles composiciones del fluido de retorno. En Estados Unidos, algunas tecnologías se encuentran bajo desarrollo o se han realizado a pequeña escala (69).

3. Factores ambientales: residuos y sustancias químicas

Las sustancias químicas empleadas en la fracturación representan un factor que incide en la calidad del suelo, las aguas y el aire, por lo que precisaría un control exhaustivo en torno a sus efectos y la forma en que puede reducirse su impacto (70). Al respecto, el Parlamento Europeo atempera los resultados del uso de estas sustancias, al indicar que suponen el 0,5% del líquido de la fracturación y que constan de aditivos que se encuentran en los hogares. En cualquier caso, emplear sustancias químicas o hacerlo en pequeña escala para la inyección de fluidos no significa que posteriormente no puedan mezclarse en el proceso de extracción con aguas de formación geológica que suelen contener sustancias perjudiciales, tales como metales pesados o radioactivos. Estas últimas mezclas no han sido analizadas, debido a que parecería excesivamente complejo, no sólo por las sustancias químicas incluidas en la mezcla,

(67) Informe del Parlamento Europeo sobre aspectos ambientales..., cit., 2012, p. 12.

(68) REINICKE (2011: pp. 12-15).

(69) ALTMAN, CAPITO, LECHTENBÖMER, MATRA, WEINDORF y ZITTEL (2011: p. 25).

(70) WALTER (2012: p. 268).

sino también de por las interacciones físicas y químicas con sustancias presentes en los estratos geológicos donde se inyectan los fluidos. Los estudios acerca de las concentraciones de determinadas sustancias químicas en especies del medio marino no han resultado convincentes debido a las amplias variaciones detectadas en diferentes organismos (71).

Por lo demás, se recomienda desde la Comisión Europea que los fabricantes, importadores o usuarios de las sustancias químicas utilizadas en la fracturación de alto volumen indiquen este término cuando cumplan las obligaciones de registros y etiquetado que les impone el Reglamento 1907/2006. Además, han de procurar la minimización del uso de aquéllas y el trato o uso de los fluidos que emergen a la superficie tras el proceso de fracturación. Por último, se compele a la no utilización de sustancias químicas peligrosas, siempre que sea técnicamente viable y razonable desde los puntos de vista de la salud humana, el clima y el medio ambiente (72). La carga de evaluación de los riesgos que conlleva el empleo de las sustancias químicas corresponde a la empresa que fabrica, utiliza o exporta el producto (73).

Las mejores técnicas disponibles pueden servir para reducir el impacto ambiental significativamente. Por ejemplo, el material de que está compuesto el pozo, los tubos y las perforaciones podría evitar una mayor degradación y quiebra de la roca que, a su vez, impida el derrame de los fluidos a estratos inferiores. Del mismo modo, en la expulsión del gas podrían instalarse filtros que evitaran emisiones de dióxido de carbono o metano en considerables proporciones. Además, en el transporte y en la recogida de residuos, deberían proponerse técnicas que de modo preventivo disminuyan la contaminación del suelo y que permitan su reciclaje en un porcentaje significativo de los residuos (74).

V. COSTES SOCIALES: SALUD DE LAS PERSONAS, AGUA Y RIESGO DE SEÍSMOS

No podría precisarse si los efectos del *fracking*, en el consumo de agua por la población, se manifestarán a corto, medio o a largo plazo, al objeto de realizar un diagnóstico adecuado de su impacto sobre la salud de las personas. En Estados Unidos se han recogido denuncias y testimonios en las zonas de explotación. Entre los resultados perjudiciales a la salud humana se encuentran dolores severos de cabeza, enfermedades intestinales, pérdida de

(71) Informe del Parlamento Europeo...cit., 2012, p.19.

(72) Aps. 10.1 y 2 Recomendación de la Comisión Europea..., cit..

(73) COUNIL (2012: p. 430).

(74) WISEMAN (2012: p. 229).

memoria o dificultad para respirar. En concreto, las dolencias las han sufrido algunas personas que trabajaban en el proceso de fracturación o de transporte del gas (75). Un estudio publicado en 2011 identificó hasta 353 sustancias químicas industriales que podrían dañar la piel, el cerebro y los sistemas digestivo, cardiovascular y respiratorio. El 25% de ellas podrían ser causantes de cáncer. Otras investigaciones revelan la alteración de los niveles hormonales en zonas con alta densidad de perforación, lo que afectaría también al sistema endocrinológico (76).

En Estados Unidos, más en concreto en Pensilvania, recientemente han salido a la luz algunos estudios que analizan nada menos que 141 pozos que surten de agua potable a habitantes de la región. El 82% de los analizados contenían metano y la concentración del gas era seis veces superior en las casas que se encontraban a menos de un kilómetro de los lugares de extracción, al margen de que encontraron proporciones más elevadas de lo normal de etano y propano. Pese a que ninguno de los estudios realizados ha podido mostrar evidencias acerca de la posibilidad de que se causen problemas de salud, la presencia de esos gases puede ser un indicio de males que surgen con posterioridad. La causa podría ser la fuga de gas por roturas en el revestimiento de los tubos transportadores (77). Otros científicos sostienen que el origen de la contaminación podría hallarse en el deficiente revestimiento de cemento de los pozos y rechazan aquellos estudios por no haber obtenido datos previos referentes al agua con anterioridad a la puesta en marcha del *fracking*, ya que algún tipo de contaminación podría ser histórica. Así, cierta doctrina ha afirmado que todas aquellas conclusiones consisten en hipótesis sin apoyatura en datos reales (78). A todo ello cabría añadir que el mismo subsuelo podría haberse fracturado debido a movimientos micro-sísmicos que tampoco fueron observados o contrastados por las investigaciones que relacionaban la fracturación hidráulica con las fugas de metano y otros componentes químicos de las aguas (79).

Desde otra perspectiva, se ha afirmado que resulta mínima la posibilidad de que los elementos químicos empleados para la fracturación hidráulica llegasen a los pozos, porque el gas es mucho más volátil, mientras el líquido acabaría buscando el camino más fácil y se quedaría en el interior de la formación, a una profundidad mucho mayor que la de los pozos de agua potable.

(75) <http://ecowatch.com/2013/05/02/fracking-ourselves-to-death-in-pennsylvania/>.

(76) KASSOTIS, TILLIT, WADE DAVIES, HÖRMANN, y NAGEL (2013). Véase en <http://endojournals.org/>

(77) JACKSON, VENGOSH, DARRAH, WARNER, DOWN, POREDA, OSBORN, ZHAO y KARR (2012: p. 11255).

(78) DAVIES (2011).

(79) SHON (2011).

Los datos obtenidos, en cambio, sugieren que las perforaciones han afectado al agua de algunos propietarios y, en ciertos casos, asocian la presencia del gas con que los pozos se construyeron mal. Pese a que buscaron otros motivos para explicar la presencia de gases en el agua potable de aquéllos, concluyeron que la distancia a las explotaciones de gas de pizarra era el principal factor de influencia en la presencia de gas en el agua (80).

Los movimientos sísmicos generados por la presión que se ejerce en las perforaciones comportan riesgos para la población, sobre todo en zonas de pliegues y fallas. Podrían ser el detonante de fracturas geológicas de mayores dimensiones y, lo que es más peligroso, provocar una dinámica de movimientos y filtraciones de dióxido de carbono hacia acuíferos. Incluso, un estudio reciente ha demostrado que, en determinados ámbitos en que se aplica el mecanismo de la fracturación, la quiebra de la roca interna, provocada por los movimientos sísmicos, ocasiona la ruptura de bolsas y almacenes de dióxido de carbono que, a su vez, provocan mayores grietas en aquélla (81). Hace algunos meses se publicó la existencia del primer terremoto en una zona de *fracking* en Argentina. Ninguno de los pozos contaba con el estudio de impacto ambiental ni el público afectado por la instalación pudo participar en el procedimiento y el sismo alcanzó una magnitud de 5,4 en la escala de Richter (82). No es casual que la Recomendación de la Comisión Europea para la fracturación de alto volumen haya establecido la necesidad de examinar el grado de sismicidad del suelo en los estudios de referencia previos a la evaluación ambiental que han de llevar a cabo los promotores (83).

La fractura de las láminas de pizarra y la lubricación con el agua pueden favorecer el desplazamiento de masas de tierra y causar terremotos. Asimismo, una de las técnicas principales utilizada para deshacerse de los líquidos contaminantes que se extraen del proceso de *fracking*, consistente en su inyección de pozos a gran profundidad, puede producir terremotos de magnitudes mayores, hasta 5,7 en la escala de Richter. El almacenamiento y depósito de los residuos

(80) <http://esmateria.com/2013/06/24/encuentran-gases-en-el-agua-potable-cerca-de-explotaciones-de-fracking/>.

(81) VERDON, KENDALL, STORK, CHADWICK, WHITE y BISELL (2013).

(82) <http://www.emsc-csem.org/Earthquake/earthquake.php?id=326910>. Al respecto, se recomienda la lectura de un artículo, publicado por un grupo de investigación de la Universidad de Columbia, según el cual, los terremotos pueden ser inducidos por la actividad humana. Uno de los ejemplos de la misma consiste en la inyección de aguas en formaciones profundas para la obtención de gas y petróleo, incluyendo la fracturación hidráulica. En Estados Unidos, algunas áreas en las que ha intervenido el ser humano para provocar movimientos sísmicos presentan una mayor propensión a la sismicidad que otras en las que tal intervención no se ha producido. Véase al respecto, VAN DER ELST, SAVAGE, KERANEN y ABERS (2013: pp. 164-167).

(83) Ap. 6.2 f) Recomendación Comisión Europea... cit.

durante décadas inducen, según un estudio, a la producción de terremotos. La progresiva ruptura de tres fallas planas sugiere que se acentúan los cambios desde que la quiebra inicial provoca los sismos, incluso más importantes y de forma progresiva (84).

Por otro lado, el consumo de agua para las inyecciones resulta significativo, al producirse en una proporción de 2,33 barriles por cada barril equivalente de petróleo (159 litros). No es mucho menor a la que precisa la extracción de petróleo convencional, pero debe obtenerse de forma preferente respecto a algunas zonas donde antes nunca se habían producido estos usos del agua, y en algunos casos comporta los mismos riesgos y problemas que cualquier otra industria intensiva en el uso del agua: aumento del estrés hídrico, salinización y contaminación por metales pesados en los pozos (85). Ante los diversos beneficios o perjuicios que presenta esta técnica de extracción, podría advertirse la presencia de alternativas que atemperen los efectos negativos del *fracking*. Cabría centrarse en todos aquellos mecanismos que permitan la obtención de energía y que eviten la dependencia respecto a combustibles fósiles o no convencionales, como es el gas. Se trata de las energías renovables que han experimentado una notable evolución en los últimos tiempos, sobre todo en el entorno más cercano.

VI. LAS ENERGÍAS RENOVABLES COMO FACTOR DE PONDERACIÓN

1. La estrategia actual del gobierno español en torno a las energías renovables: datos para la reflexión

Se plantea la cuestión en torno al impulso de las renovables en un contexto de escasez y de riesgos que suscitan otras actividades que permitirían una menor dependencia energética (86). En España las energías renovables produjeron casi 14 millones y medio de toneladas o equivalente de petróleo en el año 2012. Una cifra que la sitúa, con claridad, en el cuarto puesto entre los países europeos (27), detrás de Alemania, Francia e Italia, en su obtención sumando todas las modalidades, es decir, la solar, la biomasa, la geotérmica, la eólica y la hidráulica (87). La energía eléctrica generada por las renovables representa, a tenor de los datos estadísticos, un 33,5% en aquel año. Aún siendo cifras de cierta relevancia, no pueden compararse

(84) KERANEN, SAVAGE, ABERS y COCHRAN (2013).

(85) GLASSMAN, WUCKER, ISAACMAN y CHAMPILOU (2011: p. 26).

(86) LÓPEZ SAKO (2008: pp. 42-49). MARSHALL (2009: pp. 217 y 218).

(87) <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=ten00081&plugin=1>.

con las de Suecia (60%) o Noruega (60%) (88). De todos modos estos datos parecen invitar al optimismo en torno al potencial de la energía renovable en el territorio español.

En algunos casos podría pensarse que las tecnologías que contribuyen a aportar energías renovables resultan excesivamente caras en relación a lo que producen, pero habría que realizar un estudio económico comparativo en profundidad respecto a los costes que han de afrontar en lo económico y medioambiental técnicas como el *fracking* y, sobre todo, las repercusiones que generan a largo plazo unos y otros mecanismos de producción energética. En efecto, los sistemas de obtención de las renovables se financian, al menos en parte, por los gobiernos, de modo que la liquidación por las primas que aportó la autoridad pública en el año 2012 ascendió hasta los 8.012 millones de euros (89). La energía solar es la que absorbe una buena parte de la financiación y le siguen la eólica y la de cogeneración (90). De todos modos, al dispararse el déficit tarifario para la energía eléctrica —una de cuyas causas reside precisamente en la financiación parcial de las renovables— en los once primeros meses del año 2013 la ayuda se había reducido casi la cuarta parte, es decir, a unos 6.409 millones (91). El Decreto-Ley 6/2009, por el que se adoptan medidas en el sector energético, ya fijó el año 2013 como límite para acotar el incremento del déficit tarifario, de forma que no se produjera un desequilibrio entre los ingresos obtenidos por el acceso y la distribución de energía eléctrica y los costes que debían cubrirse, incluido el de generación (92).

Esta política restrictiva se circunscribe en un contexto más amplio que prosiguió con la aprobación del Decreto-Ley 1/2012, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. En la exposición de motivos de esa norma se menciona el margen que el Plan de Energías Renovables concede al Gobierno hasta el año 2020,

(88) <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tsdcc330>.

(89) Acerca del régimen de primas a la generación de energía eléctrica por renovables, véase NEBREA PÉREZ (2009: pp. 412 y 413).

(90) http://economia.elpais.com/economia/2013/01/14/actualidad/1358166724_176026.html[19/12/2013 19:11:52].

(91) MÉNDEZ (2011).

(92) La tarifa eléctrica también se conforma por los costes generados por la retribución de los regímenes especiales, ya que hacen referencia a la producción de energía y, en consecuencia, se halla ligada al suministro. Al respecto, véase con mayor detenimiento NEBREA PÉREZ (2007: p. 160).

lo que podría justificar una significativa reducción de las ayudas, como se ha comentado anteriormente. Además, el déficit tarifario constituye la principal razón por la que se procede a la suspensión o la moratoria para la concesión de aquéllas. El objetivo último del gobierno consiste en dotar a las compañías de la competitividad imprescindible en el ámbito europeo, lo que significa otorgar preferencia a los designios del mercado y entregar abiertamente a la libre competencia la prestación de un servicio esencial para el funcionamiento del sistema económico y la vida de las personas, como es la electricidad (93). La misma exposición de motivos lo explica brevemente, al señalar que «(...) resulta necesario diseñar un nuevo modelo retributivo para este tipo de tecnologías que tenga en cuenta el nuevo escenario económico, promoviendo la asignación eficiente de los recursos a través de mecanismos de mercado. De este modo, se trata de articular a futuro un sistema que favorezca la competitividad del mercado a través de mecanismos similares a los utilizados en otros países de la Unión Europea que garanticen la viabilidad futura del Sistema» (94).

La Ley sobre el sector eléctrico contempla el peaje por autoconsumo, es decir, una especie de impuesto que deberían abonar los particulares que producen su propia energía, ya sea con paneles solares o con mini-molinos eólicos y la consumen. La misma Comisión Nacional de la Competencia, en su informe en torno al proyecto de Ley, calificó el peaje como «discriminatorio y arbitrario» (95). La cuestión es determinar si realmente el déficit tarifario, es decir, la diferencia entre los ingresos y los costes por la generación, transporte y distribución de la energía eléctrica, debe ser cubierto de una manera significativa por el sector de las renovables, lo que supondría apoyar, siquiera sea de forma encubierta, a las compañías del sector convencionales (96). Piénsese que las instalaciones necesarias para el aprovechamiento de la energía solar o eólica se han abaratado por la introducción de nuevas tecnologías y que la misma Unión Europea y la Oficina para el Cambio Climático de la ONU han aprobado expresamente su utilización (97).

(93) Algo que también vaticinó NEBREDÁ PÉREZ (2009: p. 422).

(94) La Ley 15/2013, de 17 de octubre, por la que se establece la financiación con cargo a las presupuestos generales del Estado de determinados costes del sistema eléctrico, establece en su artículo 1 que el Estado financia en el año 2013 y por importe máximo de 2.200.000.000 de euros, parte de los costes del sistema eléctrico ocasionados por los incentivos económicos para el fomento de la producción eléctrica a partir de fuentes de energía renovables.

(95) http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/09/18/actualidad/1379524240_251465.html.

(96) ZURUTUZA AGIRITA (2014).

(97) SANZ RUBIALES (2010, pp. 5-7).

Por otro lado, se ha creado un problema de mayores dimensiones en relación con las renovables, debido a la supresión del anterior sistema de ayudas (98). Así, los inversores, que habían confiado plenamente en el Plan aprobado por el Gobierno o en los incentivos que incorporaba la normativa europea y española, probablemente se verán abocados a la desaparición de plantas y abandono de instalaciones. El Decreto-Ley mencionado suprime los valores de las tarifas reguladas, primas y límites previstos en el Real Decreto 661/2007 y se elimina el complemento por eficiencia y el de energía reactiva, si bien tan sólo se aplica a aquellas instalaciones de régimen especial o a aquellas de energía fotovoltaica que no hubieran sido inscritas en el Registro de preasignación de retribución a la fecha de entrada en vigor del Decreto-Ley que se comenta (99). En cambio, no se sujetan a las previsiones de esa norma las instalaciones de régimen especial que hubieran presentado solicitud de inscripción en aquel Registro, cuando el plazo de resolución hubiera vencido a la fecha de entrada en vigor del citado Decreto-Ley. Se le habilita al Gobierno para establecer reglamentariamente regímenes económicos específicos aplicables a determinadas instalaciones de régimen especial. Para ello, ha de tenerse en cuenta la potencia instalada; el nivel de tensión de entrega de la energía a la red; la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente; al ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética; la producción de calor útil económicamente justificable y los costes de inversión y operación (100).

El Gobierno ha de aprobar un sistema de ayudas y primas que tome en consideración algunos criterios, relacionados con la competitividad, eficiencia energética y ahorro, lo que evidentemente contrasta con el régimen existente con anterioridad, que no exigía requisitos tan estrictos, relacionados con cuestiones económicas y energéticas. Eso conlleva una merma considerable de la seguridad jurídica. Piénsense en las inversiones que han podido realizarse con las expectativas de recibir unas ayudas conforme a unos criterios establecidos en la normativa anterior. Las alarmas se han activado ante el riesgo de perder o no amortizar adecuadamente lo invertido previamente.

2. Consecuencias de las políticas adoptadas

La guerra planteada en el sector alcanza los intereses de las compañías tradicionales que, sin embargo, se han beneficiado de la financiación pública del déficit tarifario y del recorte a las renovables (101). Se ha propuesto la

(98) Acerca de este particular, véase DOMINGO LÓPEZ (2000: pp. 300 y 301).

(99) Art. 2.1 a) y b) Decreto-Ley 1/2012.

(100) Art. 3.3 Decreto-Ley 1/2012.

(101) GONZÁLEZ RÍOS (2011: pp. 33-36).

construcción de una superred en el ámbito europeo, abastecida a través de fuentes energéticas renovables, desde el origen de la generación hasta los centros de población, sin tener que transportarse por las redes existentes (102). Desde otra perspectiva, se ha planteado, como mecanismo para la reducción de la dependencia respecto a los combustibles fósiles, el almacenamiento de energía eléctrica en baterías ligeras, baratas y seguras, y el acceso fácil a estaciones de servicio donde existan recargadores rápidos. La nanotecnología permitiría, mediante la incorporación de materiales específicos, acumular de forma eficiente energía. Así sucedería mediante el empleo de células de silicio monocristalino (103). Estos escenarios, que apuntan hacia relevantes transformaciones tecnológicas, no parecen recogerse en la agenda del gobierno español.

La Ley, por la que se aprueba la nueva regulación del sector eléctrico, en su exposición de motivos, sostiene la falta de justificación para que la energía eléctrica generada por renovables y la tradicional se sujeten a regímenes jurídicos unificados, sin perjuicio de las consideraciones singulares que fuera preciso establecer. Además, el régimen retributivo de las renovables, cogeneración y residuos debe basarse, a tenor de la exposición, «en la necesaria participación en el mercado de estas instalaciones, complementando los ingresos de mercado con una retribución regulada específica que permita a estas tecnologías competir en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado (104). Esa retribución específica complementaria será suficiente para alcanzar el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que, a diferencia de las tecnologías convencionales, éstas no puedan recuperar en el mercado y les permitirá obtener una rentabilidad adecuada con referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable» (105). Al adaptarse a un régimen de rentabilidad propio de una empresa que compite en el mercado, se les equiparan a las compañías de generación convencionales, pese a que disponen de una cuota claramente inferior, es decir, su posición actual resulta extremadamente débil para obtener márgenes que les permitan mantener las ayudas y continuar la actividad (106).

No se han establecido moratorias o un régimen de transición a la competencia que impulse definitivamente el desarrollo de las renovables, teniendo en

(102) GARCÍA ORTEGA (2011: pp. 54-55).

(103) MÉNDEZ (2011: p. 93). La eficiencia de la célula de silicio que compone un panel solar permitiría aprovechar el 25% de la energía, mientras que la orgánica actual tan sólo alcanza el 8% en condiciones óptimas.

(104) MORA RUIZ (2014).

(105) Exposición de Motivos Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico 2014.

(106) RUIZ OLMO (2014). Véase también, ANTÓN VEGA (2014).

cuenta la necesidad del cumplimiento del Plan de Energías Renovables para el año 2020. Entre las medidas que podrían haberse adoptado podría situarse la asunción de un mayor porcentaje de las cargas y costes derivados del sistema eléctrico a las compañías convencionales, al objeto de equiparar posiciones en el mercado y prever un régimen de discriminación positiva a favor de las renovables, tal y como ha sucedido en sectores como las telecomunicaciones a través de la distinción entre operadores dominantes y no dominantes. No puede olvidarse que el consumo de energía renovable en Europa alcanza de media un 14% y en España el porcentaje es el mismo (107). Eso significa que, en último término, las convencionales acaparan el 86% restante de la demanda y tal diferencia, en cuanto a la posibilidad de obtener rentabilidades, impediría unificar el régimen jurídico de unas y otras compañías en relación a los costes del sector eléctrico (108).

En definitiva, el legislador no podría tratar del mismo modo a compañías que se encuentran en situaciones distintas o en las que concurren circunstancias que difieren sensiblemente. De lo contrario, se les estaría discriminando a unas, las renovables, en beneficio de las convencionales, y eso les permitiría a aquéllas reclamar una compensación económica por los daños sufridos como consecuencia de la reforma normativa (109). Aquí podría citarse el principio de confianza legítima como justificación para exigir un régimen transitorio más acorde con los objetivos ambientales y de cambio climático que se exigen desde Europa. Por otro lado, y en una clave económica, tampoco puede ignorarse el esfuerzo realizado por empresas privadas, algunas de las cuales ya ha acudido a vías internacionales para reclamar indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por la nueva regulación (110). Supondría aplicar una norma con efecto retroactivo en perjuicio de las personas destinatarias, sin una justificación razonable y proporcionada. En reciente sentencia se ha pronunciado el Tribunal Supremo en torno a las tarifas que deben aplicar las compañías que prestan las renovables. Las empresas alegaban que el

(107) [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=t2020_31&plugin=.](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=t2020_31&plugin=)

(108) MORA RUIZ (2014).

(109) LÓPEZ SAKO (2008: pp. 248 y 249). Es una situación similar a la que se produjo con motivo de la aprobación del Real Decreto 661/2007 y que podría suponer la vulneración de la confianza legítima de las empresas productoras.

(110) Unos fondos internacionales han demandado a España ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), el organismo de arbitraje que forma parte del Banco Mundial. Todas ellas han invertido en energías renovables, tanto eólica como solar. Las demandas se deben a los recortes en la retribución de las actividades termosolares. Piénsese que habían pagado un precio bastante alto por la adquisición de varias empresas españolas contando con la rentabilidad que les iban a proporcionar sus inversiones. Véase *El País*, 8 de diciembre de 2013.

descenso de aquéllas podría generarles discriminación y vulnerar el principio de confianza legítima. Exigían, por todo ello, o bien la anulación de la orden o una compensación económica que reparase los daños y perjuicios. Aquél desestimó el recurso, aduciendo, en pocas palabras, que la coyuntura del mercado puede variar y esos cambios resultaban previsibles, dada la situación económica general (111).

VII. CONCLUSIONES

En el capítulo económico, la obtención del gas esquisto presenta resultados discordantes. Por un lado, según algunos estudios, la cantidad de gas extraída no supondría eliminar, ni tan siquiera significativamente, la dependencia energética respecto a Rusia, Oriente Medio o Argelia. Podría conllevar una disminución de los precios del gas cuyo alcance y duración deberían concretarse más por dos razones: una, la productividad de los pozos tan sólo garantiza la explotación a corto o medio plazo, lo que significa que ese descenso de precios no podría extenderse demasiado en el tiempo, puesto que las cantidades a extraer no van a resultar tan abundantes como para fijar aquéllos con cierta autonomía respecto a las grandes reservas. Dos, han de tomarse en consideración otros factores de suma importancia, como es la necesidad de amortizar las cuantiosas inversiones, tanto en exploración como en extracción, cuando se trata de pozos que pueden producir beneficios a corto o medio plazo.

Piénsese que todas aquellas inversiones exigen largos períodos para su amortización mediante beneficios. En el trabajo, de hecho, se ha citado algún caso en el que las empresas decidieron abandonar la actividad por falta de viabilidad económica. Además, no puede ignorarse el coste de recuperación ambiental de las zonas en que se ubican los pozos, dados los impactos significativos en el medio físico y en otros factores que influyen en él. ¿No deberían obtenerse mejores resultados y, sobre todo, a largo plazo para garantizar el suministro de muchas generaciones, si se pretende amparar un sacrificio y riesgo de esa magnitud en elementos del medio físico? ¿No se está cayendo en la tentación de las burbujas económicas —no es desdeñable el efecto que ha causado esta técnica en los mercados de valores estadounidenses— sin advertir que en un día no muy lejano se van a agotar los recursos y el sueño del dorado se convertirá en pesadilla?

En efecto, se han expuesto algunos estudios que concretaban los elementos que pudieran resultar afectados por el proceso de fracturación. La filtración

(111) STS 13 de enero de 2014, RJ 2014/574, FD 4º.

de las sustancias químicas a acuíferos; la emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera; la recogida y el tratamiento de los residuos derivados de la fracturación; y, por último, la contaminación del suelo por la expulsión de las sustancias químicas empleadas en la inyección del agua a presión. Entre sus beneficios, se ha destacado que el uso del gas esquisto reduciría de forma significativa las emisiones a la atmósfera en los procesos de producción de energía eléctrica o térmica, así como en la producción industrial. La Comisión Europea en su Recomendación e, incluso, hace ya casi tres años el Parlamento Europeo, propusieron medidas correctoras para reducir el riesgo hasta cotas más tolerables y que no supusiera un daño o perjuicio irreversible. Aun así, se suscitan muchas dudas en torno a si el modelo de explotación en el *fracking* podría dejar una huella indeleble e irreversible en hábitats, ecosistemas, pastizales o comunidades próximas. Piénsese que deben abrirse y perforarse varios pozos separados por distancias escasas y que tampoco se obtendría gas en abundancia como para evitar nuevas perforaciones y extracciones. En otras palabras, el deterioro del suelo y otros elementos ambientales es propio de las explotaciones intensivas, lo que exigirá un control estricto por las autoridades públicas que asegure su recuperación en la mayor medida de lo posible.

Desde otra perspectiva, el principio de prevención fundamenta y justifica un control más exhaustivo con anterioridad a poner en marcha la actividad. Ciertamente es que la Comisión Europea ha propuesto, mediante recomendaciones y directrices, mecanismos y medidas correctoras que impidan un deterioro irreversible. Sin embargo, ese mismo principio debería sugerir un estudio más pormenorizado y exhaustivo acerca de los resultados que el *fracking* ha alcanzado a largo plazo en explotaciones que llevan funcionando un cierto período de tiempo y, en función de todo ello, establecer unos criterios técnicos más precisos. Por ejemplo, la composición del suelo, la roca o el sedimento condiciona una mayor o menor filtración de la mezcla de agua con sustancias químicas. Del mismo modo, algunas zonas son más propensas a la producción de terremotos, o exigen una mayor protección por tratarse de lugares de interés comunitario con arreglo a la Red Natura 2000. Tal vez resulte más aconsejable, por parte de las autoridades públicas, obrar con una mayor prudencia, en el sentido de evitar el trazo grueso para autorizar todo tipo de proyectos, aún con sus estudios exhaustivos, sin que previamente se hayan analizado los resultados a largo plazo que pudieran arrojar las experiencias en países donde ya se ha implantado, como Estados Unidos. Si realmente la incertidumbre en torno a los riesgos parece un mensaje recurrente entre especialistas, debería limitarse el número de proyectos autorizados y, una vez transcurrido el período de explotación, analizar sus consecuencias. La apertura de la actividad, sin una limitación en cuanto a la cantidad de proyectos, es una solución inadecuada para los riesgos que presenta el *fracking*.

Por último, no pueden soslayarse otros medios que permitan alcanzar el mismo objetivo. Las energías renovables, presentadas otrora como un medio para reducir el impacto ambiental de las energías convencionales, han pasado a considerarse no como la solución, sino como el problema. Se han reducido los incentivos para su producción, basados en ayudas públicas, y además se ha favorecido a las grandes empresas de suministro eléctrico, puesto que el Gobierno ha sufragado el déficit de tarifa mediante la progresiva disminución de las ayudas a las renovables. Todo ello ha generado convulsión a los agentes del sector, que se ha incrementado mediante la reciente Ley del sector eléctrico. Las fuentes de generación convencional se equiparan a las renovables, al someterse en todos sus extremos a las normas sobre libre competencia, incluidos los incentivos, cuya percepción se condiciona al cumplimiento de requisitos de rentabilidad. Eso supone dejar las renovables en franca desventaja. Frente a unas energías más inocuas desde la perspectiva ambiental, se apuesta desde las autoridades públicas por el gas esquisto, cuya extracción ha provocado controversias en lo social, dudas en lo económico e incertidumbre en el capítulo ambiental. ¿No podría haberse adoptado una estrategia más prudente respecto al *fracking* y posicionarse a favor de las renovables como una fuente de energía a largo plazo?

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, Kristen (2012): «The big fracking deal: Marcellus shale-Pennsylvania's Untapped Resource», *Villanova Environmental Law Journal*, 1, pp. 53-60.
- ALTMAN, Matthias, CAPITO, S., LECHTENBÖMER, Stefan, MATRA, Z., WEINDORF, Werner y ZITTEL, Werner (2011): *Impacts of shale gas and shale oil of extraction on the environment and on human health*, Parlamento Europeo.
- ÁLVAREZ PELEGRY, Eloy y BALBÁS PELÁEZ, Jacobo (2003): *El gas natural. Del yacimiento al consumidor. Aprovechamientos y cadena del gas natural licuado*, Dossat, Madrid.
- ANTÓN VEGA, David (2014): «Las nuevas tendencias de la política de la Unión Europea sobre las energías renovables», La Ley 8325. Véase en www.laleydigital.laley.es.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2008): *Gas para Europa, Papeles de Cuadernos de Energía*, Club Español de la Energía, Madrid.
- BACHETTA, Victor Luis (2013): «Geopolítica del fracking. Impactos y riesgos ambientales», *Nueva Sociedad*, 244, p. 69.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (2003): *Infraestructuras en Red y Liberalización de Servicios Públicos*, INAP, Madrid.

- COMAN, Hannah (2012): «Balancing the need for energy and clean water: the case for applying strict liability in hydraulic fracturing suits», *Environmental Affairs*, 131, p. 136.
- COURNIL, Christel (2012): «La gestion étatique des permis exclusifs de recherches du gaz et huile de schiste: sécurité énergétique et impacts environnementaux, a la recherche d'un subtil ou impossible equilibrio?», *Revue Juridique de l'Environnement*, 3, pp. 428 y 429.
- DAVIES, Richard J. (2011): «Methane contamination of drinking water caused by hydraulic fracturing remains unproven», PNAS, 43, www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1113299108.
- DEGENHARDT, Rachel (2012): «Hydraulic fracturing and groundwater contamination: can disclosure rules clarify what's in our groundwater?», *Ecology Quaterly*, 39, pp. 40 y 41.
- DOMINGO LÓPEZ, Enrique (2000): *Régimen jurídico de las energías renovables y la generación eléctrica*, INAP, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier (2009): «Artículo 63. Separación de actividades», LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente y BENEYTO PÉREZ, José María, *Comentarios a las leyes energéticas. Tomo II. Hidrocarburos*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 519-522.
- GARCÍA ORTEGA, José Luis (2011): «Renovables 24/7: la infraestructura necesaria para salvar el clima», GARCÍA DELGADO, José Luis (ed.), *Energía: desarrollos tecnológicos en la protección medioambiental*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 54-55.
- GARCÍA URETA, A. (2014): «Comentarios sobre la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental», *Revista de Administración Pública*, 194, pp. 328-345.
- GLASSMAN, Diana, WUCKER, Michele, ISAACMAN, Tanushree y CHAMPILOU, Corinne (2011): «The water energy nexus. Adding water to the energy agenda», *World Policy Papers*, p. 26.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael (2009): «La protección de los intereses nacionales en el sector energético», RAP, 180, pp. 167 y 168.
- GONZÁLEZ RÍOS, Ana Isabel (2011): *El régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y la eficiencia energética*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 33-36.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier (2009): «Marco general y régimen de las actividades del sector gasista en la Ley del Sector de hidrocarburos», MUÑOZ MACHADO, Santiago, SERRANO GONZÁLEZ, Marina y BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (dirs.), *Derecho de la regulación económica. III. Sector energético*, Tomo II, Iustel, Madrid, pp. 1073-1085.
- HALL, Keith B. (2011): «Hydraulic fracturing and the safe drinking water», http://digitalcommons.law.lsu.edu/faculty_scholarship.

- HEAL, Geoffrey y MILLNER, Antony (2014): «Uncertainty decision making in climate change economics», *Review of Environmental Economics and Policy*, 1, p. 127.
- HOGOMMAT, Benjamin (2010): «Les enjeux de la prise en compte des biocarburants au regard des orientations de la politique agricole commune», *Revue Juridique de l'Environnement*, 3, p. 427.
- HUGHES, J. D. (2013): «Energy: a reality check on the shale revolution», *Nature*, 494, pp. 307-308.
- JACKSON, Robert B., VENGOSH, Avner, DARRAH, Thomas H., WARNER, Nathaniel R., DOWN, Adrian, POREDA, Robert J., OSBORN, Stephen G., ZHAO, Kaiguang y KARR, Jonathan D. (2012): «Increased stray gas abundance in a subset of drinking water Wells near marcellus shale gas extraction», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* (PNAS), 28, p. 11255.
- JACKSON, Robert, OSBORN, Stephen g., VENGOSH, Avner y WARNER, Nathaniel R. (2011): «Reply to Davies: Hydraulic fracturing remains a possible mechanism for observed methane contamination of drinking water», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* (PNAS), 43, www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1113768108.
- JEFFERIS, Cameron (2012): «Unconventional bridges over troubled water – lessons to be learned from the canadian oil sands as the united states moves to develop the natural gas of the marcellus shale play», *Energy Law Journal*, 75, p. 98.
- KASSOTIS, Christopher D., TILLIT, Donald E., DAVIES, J. WADE, HORMANN, Anette M. y NAGEL, Susan C. (2013): «Estrogen and androgen receptor activities of hydraulic fracturing chemicals and surface and ground water in a drilling-dense region», *Endocrinology*. Véase en <http://endo.endojournals.org/>
- KERANEN, Katie M., SAVAGE, Heather M., ABERS, Geoffrey A. y COCHRAN, Elizabeth S. (2013): «Potentially induced earthquakes in Oklahoma, USA: links between wastewater injection and the 2011 Mw 5.7 earthquake sequence», *Geology*, as doi:10.1130/G34045.1.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2014): «Introducción general: en la polémica del fracking», en *Observatorio de políticas ambientales 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 49-57.
- LÓPEZ SAKO, Masao Javier (2008): *Regulación y autorización de los parques eólicos*, Aranzadi/Civitas, Cizur Menor.
- MARSHALL, Raymond (2009): «A framework for energy independence via solar hostings farms», *Ecology Quaterly*, vol. 36, pp. 217 y 218.
- MCKAY, Lynn Kerr, JOHNSON, Ralph H. y ALBERTS SALITA, Laurie (2011): «Science and the reasonable development of marcellus shale natural gas resources in Pennsylvania and New york», *Energy Law Journal*, 125, pp. 128-134.

- MÉNDEZ, Emilio (2011): «La nanotecnología y el desafío energético», GARCÍA DELGADO, J.L. (ed.)..., cit., p. 93.
- MÉNDEZ, Rafael (2011): «El gobierno aprueba la quinta reforma del sector eléctrico en un año», *El País*, 1 de febrero de 2011.
- MOONEY, Chris (2012): «Los inconvenientes de la fracturación hidráulica», *Investigación y Ciencia*, p. 82.
- MORA RUIZ, Manuela (2014): «La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿Un sector en crisis?», *Actualidad Jurídica Ambiental*. Véase en www.actualidadjuridicaambiental.com.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2012): «Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (fracking)», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2. Véase en <http://www.rcda.cat/index.php/rcda>.
- NEBREDÁ PÉREZ, Joaquín María (2009): «El régimen especial de producción eléctrica», MUÑOZ MACHADO, Santiago, SERRANO GONZÁLEZ, Marina y BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (dirs.), *Derecho de la regulación económica. III. Sector energético*, Tomo I, Iustel, Madrid, pp. 412 y 413.
- NEBREDÁ PÉREZ, Joaquín María (2007): *Aspectos jurídicos de la producción eléctrica en régimen especial. Puesta al día de la Ley 82/1980 al Real Decreto 661/2007, normativa estatal y autonómica comentada, a septiembre de 2007*, Thomson/Civitas, Madrid.
- PIERCE, Richard J. (2013): «Natural gas fracking addresses all of our major problems», *Journal of Energy and Environmental Law*, pp. 161 y 162.
- REINICKE, K.M. (2011): «Towards future technological developments/potential of shale gas, presentation at the hearing on prospects for shale gas in the European Union», Parlamento Europeo.
- ROGERS, D. (2013): «Shale and Wall Street: was the decline in natural gas prices orchestrated?», *Energy Policy Forum*, pp. 5-32. Véase en <http://shalebubble.org/wp-content/uploads/2013/02/SWS-report-FINAL.pdf>.
- RUIZ OLMO, Irene (2014): «Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica», *Actualidad Jurídica Ambiental*.
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, María Matilde (2006): *La regulación del sector del gas natural*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús (2009): «Separación de actividades (art. 63)», SALA ATIENZA, P. (dir.), *Temas de Derecho energético*, Bosch, Barcelona, pp. 399-402.
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier (2014): «Las claves jurídicas sobre el fracking», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 1, p. 38

- SANZ RUBIALES, Iñigo (2010): «Mercados de cuotas y protección del medio ambiente: el fomento de las energías renovables en la Directiva 2009/28/CE», *Revista General de Derecho Administrativo*, 25, pp. 5-7.
- SCHON, Samuel C. (2011): «Hydraulic fracturing not responsible for methane migration», *PNAS*, 37, www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1107960108.
- SCOTT, Stephanie (2013): «Who shale regulate the fracking industry?», *Villanova Environmental Law Journal*, 189, p. 192.
- SERRANO DUBLAN, Victoria (2009): «La separación de actividades prevista en el artículo 14 de la Ley 54/1997, tras su reforma por la Ley 17/2007», SALA ATIENZA, P. (dir.), *Temas...*, cit., pp. 90-92.
- SPELLMAN, Frank R. (2012): *Environmental impacts of hydraulic fracturing*, CRC Press, Londres.
- STOKES, Elen (2014): «New EU policy on shale gas», *Environmental Law Review*, 16, pp. 42-48.
- STRATTON-CHILDERS, Lashell (2011): «Worth the headache?: Many POTWs interested in treating natur», *Water Environment and Technology*, 12, pp. 15-18.
- SUZUKI, Kaoru (2014): «The role of nuisance in the developing Common Law of hydraulic fracturing», *Environmental Affairs*, 265, pp. 274-275.
- TIETENBERG, Tom H. (2013): «Reflections – carbom pricing in practice», *Review of Environmental Economics and Policy*, 2, p. 323.
- URKIDI, Leire, BAZTÁN, Zuriñe M., OTERO, Mikel y FERNÁNDEZ DE PINEDO, Eider (2012): «El fracking, un atentado contra el territorio y la soberanía alimentaria», *Soberanía alimentaria*. <http://revistasoberaniaalimentaria.wordpress.com/2012/04/10/el-fracking-un-atentado-contra-el-territorio-y-la-soberania-alimentaria>.
- URRA URBIETA, José Antonio (2013), «Fracking: fractura geológica, fractura económica, fractura ecológica y fractura social», www.rebellion.org.
- VAN DER ELST, Nicholas J., SAVAGE, Heather M., KERANEN, Katie M. y ABERS, Geoffrey A. (2013): «Enhanced remote earthquakes triggering at fluid-injection sites in the Midwestern United States», *Science*, 6142, pp. 164-167.
- VÁZQUEZ COBOS, Carlos (2007): «El mercado ibérico de la electricidad tras la Ley 17/2007», LÓPEZ-IBOR MAYOR, V., *Comentarios a la Ley de reforma del sector eléctrico (Ley 17 de 2007)*, Thomson/Civitas, Madrid, pp. 155-156.
- VERDON, J.P., KENDALL, J.Michael, STORK, Anna L., CHADWICK, Andy R., WHITE, Don J. y BISELL, Rob C. (2013): «Comparison of geomechanical deformation induced by megatonne-scale CO2 storage at sleipner, Weyburn, and in Salah», www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1302156110.

- WALTER, Shona (2012): «A fracking nuisance», *Environmental Policy and Law*, 4-5, p. 567.
- WISEMAN, Heather (2010): «Regulatory adaptation in fractured Appalachia», *Villanova Environmental Law Journal*, 233, p. 229.
- ZURUTUZA AGIRITA, Iñaki (2014): «El consumidor de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables: las garantías de origen», *Actualidad Jurídica Ambiental*. Véase en www.actualidadjuridicaambiental.com.

DEBATES

LA PLANIFICACIÓN Y GESTIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA VERDE EN LA COMUNIDAD VALENCIANA (*) (**)

M^o TERESA CANTÓ LÓPEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II.– ¿QUÉ ES LA INFRAESTRUCTURA VERDE?.– III. LA INFRAESTRUCTURA VERDE EN EL DERECHO URBANÍSTICO VALENCIANO: 1. La planificación territorial. 2. La planificación de la infraestructura verde local. 3. Medidas de gestión urbanística.– IV. ACCIONES PÚBLICAS DIRECTAS EN MATERIA DE PAISAJE Y CONSERVACIÓN DEL MEDIO NATURAL.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La integración del espacio urbano y de las áreas rurales contiguas necesita instrumentos que contribuyan a mantener el valor del capital natural y mejoren las infraestructuras de soporte de la biodiversidad. La Infraestructura Verde ofrece soluciones naturales para resolver problemas ambientales como: la prevención de inundaciones, la regulación climática de la ciudad, la polinización o la calidad del agua, presentes en la realidad territorial. En la Comunidad Valenciana, la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje (LOTUP) configura la Infraestructura verde como una red interconectada de los espacios de mayor valor ambiental, cultural y visual que vertebrada el territorio y condiciona previamente la planificación territorial y municipal. Este trabajo aborda los caracteres y funciones de esta estrategia territorial y desarrolla la regulación autonómica de la Infraestructura Verde en relación con su gestión y determinación en el planeamiento urbanístico local.

Palabras clave: infraestructura verde; paisaje; planeamiento urbanístico; biodiversidad.

ABSTRACT: *The integration of the urban space and of the rural contiguous areas needs instruments that help to support the value of the natural capital and to improve the infrastructures of support of the biodiversity. The Green Infrastructure offers natural solutions*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 5 de septiembre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 20 de septiembre de 2014.

(**) Este trabajo es el resultado de la investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación AYTOVILLENAS-14PA «Diagnóstico y catálogo de la red de enclaves hidrológicos y construcciones hidráulicas ecológicamente relevantes para mantener, conservar y potenciar el patrimonio natural del término municipal de Villena zona I», en el que se ha propuesto conservar los espacios que comprende la Infraestructura Verde del municipio.

to solve environmental problems like the prevention of floods, the climatic regulation of the city, the pollination or the quality of the water, presents in the territorial reality. In the Valencian Community, the Law 5/2014, of July 25, of land management, urbanism and landscape (LOTUP) forms the green infrastructure as a strategically planned network of the spaces of major environmental, cultural and visual value that connect the territory and it determines previously the territorial and municipal planning. This research approaches the characters and functions of this territorial strategy and develops the autonomous regulation of the Green Infrastructure in relation with the management and determination in the urban development local planning.

Key words: green infrastructure; landscape; urban planning; biodiversity.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace varias décadas, el urbanismo, la ordenación del territorio y la protección del paisaje se enfrentan a un reto común: la integración del espacio rural y urbano. En esta tarea, la planificación urbanística y el derecho diseñan técnicas e instrumentos que desarrollan actuaciones para unificar ambos espacios, sean en el borde de las ciudades sean en las edificaciones del espacio rural insertadas en el paisaje. Hay que señalar que la eficacia de las medidas adoptadas es todavía insuficiente para la configuración del espacio natural, rural y urbano integrado, propuesto por la Cátedra Unesco de Reservas de la Biosfera y Ambiente Urbano.

En este sentido, la Agenda Territorial de la Unión Europea 2020 concedora de los desafíos del cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la vulnerabilidad de los paisajes propone el desarrollo integrado de las ciudades y zonas rurales mejorando su accesibilidad y capacidad local mediante la utilización y salvaguarda de sus valores naturales, funciones ecológicas y servicios. En cuanto a la gestión y la conexión de los valores ecológicos, paisajísticos y culturales de las regiones, se promueve la integración de los sistemas ecológicos y las zonas protegidas por sus valores naturales en las redes de infraestructura verde en todos los niveles. Desde esta perspectiva, la Infraestructura verde se configura como un activo esencial de desarrollo sostenible en la ordenación territorial que pone en valor el componente ambiental del territorio en la planificación y en el crecimiento de las demandas de uso de suelo para usos y actividades residenciales, dotacionales o productivas, desde el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible. La Infraestructura Verde se basa en el principio de que la protección y valorización de la naturaleza y los procesos naturales, y los beneficios que la sociedad puede obtener de la naturaleza, se integran de forma consciente en la planificación espacial y en el desarrollo territorial.

En este contexto, la derogada ley valenciana 4/2004, de 30 de junio, de ordenación del territorio y protección del paisaje (LOTPP) introdujo la deno-

minada Infraestructura verde como una red de espacios formada por áreas y elementos territoriales de alto valor ambiental, cultural y visual. Esta primera ordenación valenciana ha sido reforzada por Ley valenciana 5/2014, de 25 de julio de ordenación de territorio, urbanismo y paisaje (LOTUP), que completa la regulación legal y reconoce a la infraestructura verde como un elemento obligatorio de la ordenación estructural y pormenorizada en el planeamiento municipal. Así, el objeto del presente trabajo se centra en el examen de la planificación territorial y urbanística de la Infraestructura Verde en el ordenamiento valenciano desde su concepción, funcionalidad y características principales.

II. ¿QUÉ ES LA INFRAESTRUCTURA VERDE?

En general, la Infraestructura Verde es una red estratégicamente gestionada y planificada de la que depende la permanencia y el crecimiento de una comunidad, ya que se trata de una estrategia de conservación de determinados espacios esenciales para el mantenimiento del funcionamiento ecológico saludable. Así, Benedict et McMahon (1) (2006: p. 6) definen la infraestructura verde como «una red (sistema de soporte de vida natural) interconectada de los cursos de agua, humedales, bosques, hábitats de vida silvestre, y otras áreas naturales; vías verdes, parques y otras tierras de conservación; granjas de trabajo, ranchos y bosques; desiertos, y otros espacios abiertos que apoyan a las especies nativas, mantienen los procesos ecológicos, el aire y los recursos hídricos, y contribuyen a la salud y la calidad de vida de las comunidades y los pueblos de América».

Aunque el término de «infraestructura verde» aparece en la década de los noventa (2), su concepción americana tiene sus raíces en los siglos XVIII y XIX derivada de dos ideas fundamentales: la idea de que los parques unen espacios verdes para el beneficio de las personas y la idea de la preservación de las áreas naturales en beneficio de las personas y en la lucha contra la fragmentación del hábitat. El arquitecto paisajista F. Law Olmsted (3) en su trabajo sobre los parques públicos, ideó un sistema de parques desde Nueva York hasta San Francisco, en el que los parques quedan vinculados entre sí o rodean barrios enteros proporcionando efectos positivos para las personas (por

(1) Sobre la naturaleza y características de la Infraestructura verde vid., BENEDICT, MARK A., y MCMAHON (2002).

(2) FIREHOCK, K. (2010, p.1) explica que el término fue acuñado por primera vez en Florida en 1994, y concretamente en un Informe entregado al Gobernador sobre las estrategias de conservación de la tierra para reflejar la idea de que los sistemas naturales son igualmente, sino el más importante, los componentes de nuestra «infraestructura».

(3) BENEDICT et MCMAHON (2002, p.8) explican los orígenes de la Infraestructura Verde y su desarrollo en Estados Unidos.

ejemplo, recreativos como senderos para bicicletas y peatones y la mejora de la salud pública). No obstante, el término infraestructura verde se ha utilizado confusamente en relación con la «construcción verde» o con la construcción de infraestructuras (raingardens) para gestionar los efectos de las inundaciones debido a las aguas pluviales en la ciudad con el aumento del uso de la vegetación (4). Después, se han ido incorporando programas o proyectos multifuncionales de espacios para la mejora de la contaminación atmosférica y la biodiversidad urbana con la repercusión económica, ambiental y laboral para la comunidad, en colaboración con agentes públicos locales, privados, empresas o particulares (5).

En el ámbito comunitario, la Estrategia de la UE sobre la Biodiversidad (6) señala como objetivo el mantenimiento y mejora de ecosistemas y servicios ecosistémicos en 2020 mediante la creación de infraestructuras verdes y la restauración de ecosistemas degradados. Este documento subraya la importancia de la infraestructura verde y en su actuación ó fija las prioridades de restauración y el fomento del uso de la infraestructura verde, así como el uso de incentivos para los proyectos y el mantenimiento de servicios ecosistémicos (entendiendo por tales los beneficios que aporta la naturaleza como alimentos, materiales, agua limpia, aire puro, regulación climática o lugares de recreo).

A escala europea, la Infraestructura Verde es una herramienta multifuncional que aporta servicios ecológicos, económicos y sociales mediante soluciones naturales a las personas. Así se define en la Comunicación de la Comisión Europea sobre Infraestructura Verde: mejora del capital natural de Europa (7) como «una red de zonas naturales y seminaturales y de otros elementos ambientales, planificada de forma estratégica, diseñada y gestionada para la prestación de una extensa gama de servicios ecosistémicos. Incorpora espacios verdes (o azules, en el caso de ecosistemas acuáticos) y otros elementos físicos de espacios terrestres (incluidas las zonas costeras) y marinos. En los espacios terrestres, la infraestructura verde está presente en los entornos rurales y urbanos».

Esta estrategia de conservación opera primero a escala de paisaje, y se fija idealmente, antes de que comience el desarrollo, después se integra a escala local, donde los enfoques de la infraestructura verde se centran en: los árboles de las ciudad, los hábitats y arroyos, los parques, los senderos, y más

(4) En relación con los proyectos de Infraestructura Verde relacionados con el agua en Estados Unidos, ver la dirección: <http://water.epa.gov/infrastructure/greeninfrastructure/index.cfm>.

(5) TAYLOR, S y TAILOR, J.R., (2013, p. 1454-1455) incluyen una variedad de programas de infraestructura verde en distintas escalas.

(6) DCOM (2011) 244 final, p.2

(7) DCOM (2013) 249 final, p. 3.

recientemente los suelos de buena calidad y las oportunidades de restauración del suelo, por ejemplo en los solares vacantes.

A mi juicio, de acuerdo con esta concepción, la infraestructura verde se define como un instrumento multifuncional que aporta servicios ecológicos, económicos y sociales a la sociedad, mediante la conservación de una red interconectada de espacios, esenciales para el mantenimiento del funcionamiento de los recursos naturales que hacen posible la vida en el territorio. En su identificación, diseño y conservación de la red es fundamental el concurso de varias disciplinas como la planificación, la arquitectura del paisaje, la ecología, la biología de la conservación, la silvicultura o el transporte.

III. LA INFRAESTRUCTURA VERDE EN EL DERECHO URBANÍSTICO VALENCIANO

De acuerdo con la Estrategia Europea, la infraestructura verde, se convierte en un elemento normalizado de la ordenación del territorio y del desarrollo territorial, participe de la aplicación de las políticas territoriales y sectoriales (transporte, energía, agricultura, diseño de las ciudades...). Una vez fijada la estrategia comunitaria, la infraestructura verde se desarrolla a escala nacional, regional (autonómica) y local. A nivel nacional deben estipularse las mejoras prácticas y establecer un marco de actuación en educación, comunicación y participación. Sin embargo, son las legislaciones autonómicas en materia de ordenación del territorio aquellas que reconocen la infraestructura verde a nivel regional. En la Comunidad Valenciana, con el fin de lograr el objetivo de la calidad de vida y desarrollo sostenible, la preservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los recursos ecológicos se introduce esta figura en el art. 19 bis de la derogada LOTPP. En aquella, se define como «la estructura territorial básica formada por las áreas y elementos territoriales de alto valor ambiental, cultural y visual, por las áreas críticas del territorio que deban quedar libres de urbanización; y el entramado territorial de corredores ecológicos y conexiones funcionales que pongan en relación a los elementos anteriores». En resumen, como señala la norma, se trata de una metodología de aproximación al territorio de carácter vertebrador y continuado que abarca desde la escala regional a la urbana, y cuya caracterización y diseño debe ser previo a la planificación del suelo. En todo caso, por determinación legal, se relacionan una serie de elementos en los que se incorporan tanto los espacios de mayor valor ambiental, paisajístico y cultural como los espacios críticos susceptibles de riesgos naturales e inducidos: formando una red continua de elementos de conexión biológica y territorial que logran la permeabilidad del sistema y contribuyen a mejorar la diversidad biológica global del territorio. El régimen jurídico aplicable a los espacios incluidos en la red y las reglas de compati-

lidad de usos será determinado por la legislación específica de protección y por los planes urbanísticos y territoriales que los delimiten, y en consecuencia, la planificación de la infraestructura verde correspondía al Consell mediante la elaboración de un Plan de Acción Territorial.

No obstante, esta primera regulación que básicamente incide en su concepto y en la enumeración de los espacios incluidos en la Infraestructura verde, ha sido modificada y reforzada por la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana, que introduce algunos aspectos como la identificación de las funciones de la infraestructura verde, la ampliación de los espacios comprendidos, la planificación local y gestión urbanística de la infraestructura verde. Cabe decir que en general, se mantienen las características principales determinadas en la legislación anterior. En la Exposición de Motivos se insiste en su característica principal como «una red interconectada de los espacios de mayor valor ambiental, paisajístico y cultural» con la pretensión de «armonizar los nuevos crecimientos en el territorio con sus objetivos de protección» (8). A continuación, desde un punto de vista conceptual, se aborda la Infraestructura Verde como «una nueva metodología de aproximación a la realidad territorial, que incluye los terrenos con mayores valores del territorio y, al igual que las infraestructuras tradicionales, tales como carreteras, vías férreas, etc., vertebrada el territorio y le dota de continuidad». También hay que destacar su delimitación previa (9)

(8) En relación con esta justificación, la enmienda 265 al proyecto de ley propone su sustitución por esta redacción, más consecuente con la concepción de la infraestructura verde: «El paisaje de la Comunitat Valenciana ha sufrido una pérdida y una fragmentación de hábitats mayores que ningún otro. El consiguiente problema para la biodiversidad y los ecosistemas es grave. Aunque las zonas naturales más importantes están ahora protegidas por la Red Natura 2000, las especies siguen con la necesidad de desplazarse para sobrevivir a largo plazo. Una infraestructura verde, compuesta por los espacios naturales, los cursos y las masas de agua, los espacios no urbanizados y los grandes espacios verdes de las ciudades, así como los corredores ecológicos que los interconectan, permitirá mantener en buen estado los ecosistemas, para que puedan seguir prestando sus valiosos servicios a la sociedad, como son el aire limpio y el agua pura. La inversión en una infraestructura verde tiene una lógica económica: mantener la capacidad de la naturaleza, por ejemplo, para mitigar los efectos negativos del cambio climático, es mucho más rentable que sustituir esos servicios perdidos por soluciones tecnológicas humanas muy más costosas. El mejor medio para crear una infraestructura verde es adoptar un enfoque integrado de la gestión del suelo y una cuidadosa planificación estratégica del territorio. Todos los usuarios del suelo y los sectores responsables de la formulación de políticas han de comprometerse desde el principio en el proceso de creación de la infraestructura verde y asumir la parte de responsabilidad que les corresponde.» BOC núm. 251 de 20.06.2014.

(9) El art. 4.4 LOTUP establece expresamente su delimitación previa a la planificación urbanística y territorial, y dice «La planificación urbanística y territorial definirá y caracterizará la infraestructura verde con carácter previo a la ordenación de usos y actividades en el territorio».

a la planificación de los nuevos crecimientos urbanísticos así como su alcance a todas las escalas del territorio.

A este respecto, el art. 4.1 LOTUP describe la infraestructura verde como «el sistema territorial básico compuesto por los siguientes espacios: los ámbitos y lugares de más relevante valor ambiental, cultural, agrícola y paisajístico; las áreas críticas del territorio cuya transformación implique riesgos o costes ambientales para la comunidad; y el entramado territorial de corredores ecológicos y conexiones funcionales que pongan en relación todos los elementos anteriores.». Y añade que se extiende su alcance a los suelos urbanos y urbanizables, comprendiendo, como mínimo, los espacios libres y las zonas verdes públicas más relevantes, así como los itinerarios que permitan su conexión (10), ya que formarán parte de la planificación local de la infraestructura verde en los instrumentos de planeamiento. En relación con la definición comunitaria, cabe destacar que el legislador valenciano acoge su concepción como sistema territorial básico formado por espacios que prestan servicios ecosistémicos, pero sin embargo omite en su definición legal su característica fundamental como «red» interconectada de espacios. Más se acerca a la noción comunitaria en cuanto que integra en la infraestructura verde tanto zonas naturales como seminaturales, espacios verdes o azules y marinos.

En este sentido, el capítulo I del Título I LOTUP refuerza este concepto tanto en la regulación de su objeto y contenido como en su marcado carácter multifuncional (11) orientado entre otras funciones a: asegurar la conectividad ecológica, territorial necesaria para preservar la biodiversidad, vertebrar el

(10) Art. 4.2 LOTUP

(11) El art. 4.5 LOTUP establece expresamente las funciones atribuidas a la Infraestructura Verde:

«a) Preservar los principales elementos y procesos del patrimonio natural y cultural, y de sus bienes y servicios ambientales y culturales.

b) Asegurar la conectividad ecológica y territorial necesaria para la mejora de la biodiversidad, la salud de los ecosistemas y la calidad del paisaje.

c) Proporcionar una metodología para el diseño eficiente del territorio y una gradación de preferencias en cuanto a las alternativas de los desarrollos urbanísticos y de la edificación.

d) Orientar de manera preferente las posibles alternativas de los desarrollos urbanísticos hacia los suelos de menor valor ambiental, paisajístico, cultural y productivo.

e) Evitar los procesos de implantación urbana en los suelos sometidos a riesgos naturales e inducidos, de carácter significativo.

f) Favorecer la continuidad territorial y visual de los espacios abiertos.

g) Vertebrar los espacios de mayor valor ambiental, paisajístico y cultural del territorio, así como los espacios públicos y los hitos conformadores de la imagen e identidad urbana, mediante itinerarios que propicien la mejora de la calidad de vida de las personas y el conocimiento y disfrute de la cultura del territorio.

h) Mejorar la calidad de vida de las personas en las áreas urbanas y en el medio rural, y fomentar una ordenación sostenible del medio ambiente urbano.»

territorio mediante itinerarios que propicien la mejora de la calidad de vida de las personas, sobre todo en las áreas urbanas y en el medio rural, y fomentar una ordenación sostenible del medio ambiente urbano, preservando la vinculación entre los espacios y los servicios que aportan a las personas, presentes desde su origen en la infraestructura verde. Sin embargo, como advierten TAYLOR, J.R (2013: p. 1459) hay una ausencia de mecanismos para detectar y evaluar las posibles externalidades negativas de esta infraestructura y sus consecuencias en los espacios urbanos, ya que son aspectos a tomar en cuenta en la toma de decisiones en la planificación y gestión de la red (especies invasoras, propagación de los alérgenos o toxinas en las plantas, los animales de vida silvestre que transmiten enfermedades, daños a la infraestructura construida por descomposición o raíces de los árboles, el agotamiento de los recursos hídricos debido a la riego, el escurrimiento de nutrientes o la propagación de contaminantes a través del suelo y material vegetal).

Igualmente, el art. 5 LOTUP establece los espacios que integran la infraestructura verde, y que son aquellos elementos que desempeñan una función ambiental y territorial, incluyendo espacios protegidos por una regulación específica y otros que carecen de esa cualidad. En cualquier caso, los usos y aprovechamientos han de ser compatibles con el mantenimiento de la estructura y funcionalidad de la red. De esta lista exhaustiva forman parte espacios protegidos como: a) la red de espacios que integran Natura 2000 en la Comunitat Valenciana, y los espacios naturales protegidos declarados como tales de conformidad con la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunitat Valenciana (12), b) las áreas protegidas por instrumentos internacionales en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, c) los ecosistemas húmedos y masas de aguas, continentales y superficiales como los espacios adyacentes que contribuyan a formar paisajes de alto valor, d) los montes de Dominio Público y de Utilidad Pública o Protectores que se encuentren incluidos en el correspondiente Catálogo, así como los terrenos que sean clasificados como Áreas de Suelo Forestal de Protección, e) las zonas críticas por riesgos naturales o que se encuentren sometidas a riesgo de inundación, de acuerdo con lo establecido en la normativa valenciana. También espacios no protegidos como: a) los espacios de la zona marina y costeros de interés ambiental y cultural recogidos en la normativa territorial, b) las áreas que el planeamiento territorial, ambiental y urbanístico, en desarrollo de la presente Ley y de las respectivas normativas sectoriales, establezca explícitamente como adecuadas para su incorporación a la mencionada Infraestructura Verde, por su interés para la conservación del paisaje, para la protección de terrenos que presen-

(12) La ley omite las áreas de amortiguación de impactos, si bien pueden ser incluidas en otros espacios que forman la infraestructura verde.

ten especiales valores agrarios cuya preservación sea conveniente para el medio rural, o para la protección de espacios naturales que, sin haber sido declarados expresamente como protegidos, reúnan valores naturales merecedores de protección o se hallen profundamente transformados, en los que sea necesario establecer medidas de rehabilitación destinadas a disminuir los impactos paisajísticos existentes. En el art. 5.2 h) LOTUP introduce expresamente las áreas agrícolas (13) como espacios de la infraestructura verde cuando, por su elevada capacidad agrológica, funcionalidad respecto de los riesgos del territorio, genere un paisaje cultural identitario de la Comunitat Valenciana, o sea soporte de productos agropecuarios de excelencia, y sean adecuadas para su incorporación a la Infraestructura Verde y así lo establezca la planificación territorial, urbanística o sectorial. Y por último, ámbitos que garanticen la adecuada conectividad territorial entre los elementos constitutivos de la infraestructura verde, con especial referencia a las áreas fluviales, vías pecuarias, afecciones y los conectores ecológicos.

Además, el art. 5.3 LOTUP ha previsto los mecanismos de incorporación a la Infraestructura Verde previamente delimitada. Así, los nuevos espacios que cuenten con una regulación ambiental, cultural o sectorial específica se añaden por el acto de declaración, catalogación o aprobación del instrumento que los regule. Los espacios restantes se incorporan por la aprobación del instrumento de planeamiento territorial o municipal, y su exclusión del mismo por revisión o modificación del planeamiento debe ser objeto de justificación detallada. La planificación de la infraestructura verde se extenderá a los suelos urbanos y urbanizables, comprendiendo los espacios libres y zonas verdes públicas relevantes junto con los itinerarios que permitan su conexión.

Es importante destacar que la infraestructura verde se delimitará a nivel municipal mediante los instrumentos urbanísticos municipales bajo la supervisión de la administración autonómica en relación con su coherencia y funcionalidad. La LOTUP prevé que «La identificación y caracterización de los espacios que componen la Infraestructura Verde de la Comunitat Valenciana se realizará en los instrumentos de planificación territorial y urbanística a escala regional, supramunicipal, municipal y urbana, siendo la Conselleria competente en materia de ordenación del territorio y paisaje la encargada de supervisar su adecuada coherencia y funcionalidad» (14).

(13) Finalmente, la LOTUP no ha incluido la referencia expresa a la huerta y a las vegas, como había recomendado el Dictamen del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana al Anteproyecto de ley, de fecha 20 de septiembre de 2013.

(14) Art. 4.3 LOTUP

1. Los instrumentos de planificación territorial

La infraestructura verde está recogida expresamente en los instrumentos de planificación territorial y municipal, y en consecuencia tiene un carácter obligatorio. A nivel autonómico, la Infraestructura Verde del territorio constituye el tercer eje de la Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana (ETCV) aprobada por el Decreto 1/2011, de 13 de enero del Consell. Para la ETCV, el territorio es un recurso limitado que desde un punto de vista funcional actúa como soporte para el mantenimiento de los ecosistemas y como portador de valores ambientales y culturales, siendo el paisaje la estructura perceptiva del mismo. La Infraestructura Verde se entiende como un sistema de gestión de espacios abiertos integral que puede contener tanto elementos urbanos como elementos para conectar los espacios verdes de las ciudades con las de su entorno rural; todos ellos deben formar una red continua en el territorio, y en consecuencia se fijan una serie de directrices y criterios para la planificación y gestión de los espacios. El título III de la ETCV (Directrices 37 a 40, y 48 a 49) insiste en su finalidad de mejora de la calidad de vida de los ciudadanos y en su función orientadora de los futuros desarrollos ya que su ámbito de actuación ha de estar delimitado con anterioridad al diseño de las actuaciones transformadoras del territorio. Especialmente, y en relación con la integración de las zonas urbanas y rurales, se introducen entre los principios directores de actuaciones territoriales en materia de paisaje: la incorporación de objetivos de calidad de los nuevos bordes urbanos procurando la transición entre el paisaje de la ciudad y su entorno. Con este objetivo, se establece la necesidad de propiciar una estructura urbana adecuada, definiendo espacios de transición, los bordes urbanos y su silueta, atendiendo a cada una de sus particularidades. Igualmente, las actuaciones territoriales deberán preservar las vistas hacia los paisajes de mayor valor y favorecer su acceso y disfrute en un marco de movilidad sostenible.

En desarrollo de la ETCV, la infraestructura verde a escala autonómica se define en el Plan de Acción Territorial de la Infraestructura Verde y el Paisaje en la Comunidad Valenciana. Este instrumento permite caracterizar los espacios que forman la red y los paisajes más relevantes del territorio. El paisaje se convierte en un elemento condicionante de la ordenación territorial, la planificación urbanística municipal, en consecuencia, deberá respetar e incluir en la infraestructura verde local las áreas identificadas en el marco de una estrategia que enlaza, conecta e integra ambos niveles. Este Plan contiene una serie de acciones que se desarrollarán para facilitar la transición entre el paisaje urbano y rural. Por ejemplo, la delimitación de recorridos escénicos y de las zonas de afección visual desde las redes de comunicación. Una vez aprobado, las administraciones públicas implicadas quedan vinculadas a realizar las actuaciones precisas sobre los objetivos de la infraestructura verde,

pues se establecen los criterios y directrices para la elaboración de Estudios de Paisaje y de Integración Paisajística, en relación con: la mejora visual de los accesos a los núcleos urbanos y de las áreas de actividad económica, la protección de las vistas desde los principales recorridos y las vistas más valiosas.

Con carácter general, la infraestructura verde es un elemento propio de los planes de acción territorial (15) considerados como instrumentos de ordenación por la LOTUP. Los planes de acción territorial, sectoriales o integrados, tienen entre otras funciones la definición de la infraestructura verde en su ámbito de actuación y han de establecer fórmulas participativas de gestión. En particular, forma parte de su contenido tanto la información del análisis territorial de la infraestructura como las directrices, criterios y normas que regulen las decisiones públicas sobre la misma. De manera que el planificador territorial tiene la obligación legal de definir los espacios que integran la infraestructura verde en su sector de actuación y de precisar los criterios para su protección y gestión.

Por último, la LOTUP incluye una serie de criterios generales de ordenación e integración paisajística que se han de aplicar en la planificación territorial y urbanística vinculados al objetivo territorial de la mejora de la calidad de los paisajes. En esta mejora, el planeamiento territorial adoptará determinaciones para controlar los elementos con incidencia en la calidad del paisaje urbano y ha de diseñar los espacios públicos y el viario garantizando la funcionalidad de la infraestructura verde (16). En este sentido, hay que destacar el art. 12 LOTUP dedicado a la mejora de la calidad de vida en las ciudades porque recoge los postulados de la arquitectura del paisaje al establecer expresamente que «los nuevos espacios públicos, o su reforma, deben configurar la imagen urbana como el resultado de un proyecto unitario, coherente y articulado por la infraestructura verde urbana y la red de espacios dotacionales. En ningún caso, los espacios públicos pueden conformarse como mero resultado residual e inconexo de las implantaciones privadas», declarando así la vinculación entre los espacios públicos interconectados y la calidad de vida en la ciudad. En el modelo territorial, se debe procurar la integración del paisaje periférico en la ciudad mediante la incidencia en el borde urbano, la definición de tipologías edificatorias, o destacar elementos valiosos de la escena urbana. A fin de mejorar el entorno urbano y su aspecto de impacto visual, la Administración autonómica y local tienen la obligación de elaborar criterios, instrucciones o medidas normativas aptas para la adopción de disposiciones jurídicas vinculantes en materia de estética en las ciudades, que aporten criterios objetivos

(15) Los planes de acción territorial son instrumentos de ordenación territorial que desarrollan en un ámbito territorial concreto o para sectores específicos, los objetivos, principios y criterios de la ETCV. El art. 16 LOTUP contiene su regulación completa: concepto, funciones, alcance y contenidos.

(16) Art. 8 f) LOTUP.

de adecuación de las construcciones a los parámetros edificatorios, tanto en zonas de marcado interés cultural o arquitectónico como en urbanizaciones de nueva planta, o en las distintas partes de la ciudad, de modo que si las infraestructuras logran un nuevo equilibrio o armonía paisajística no tienen motivo para deteriorar la estética urbana (17).

2. La planificación de la infraestructura verde local

Hay que tener en cuenta que la infraestructura verde reviste especial importancia en el entorno urbano, pues sus funciones y elementos pueden aportar mejoras para la salud, la calidad del agua o del aire en la ciudad. Por ejemplo, utilizar la infraestructura verde en un entorno urbano incorporando parques ricos en biodiversidad, espacios verdes y corredores de aire fresco pueden mitigar el efecto urbano de isla térmica o proteger la ciudad de la erosión del suelo. Además, la infraestructura verde proporciona la oportunidad de conectar las zonas urbanas y entornos rurales, generando lugares con potencialidades para vivir y trabajar. La implementación de infraestructuras de soporte de la biodiversidad debe incorporarse a las herramientas de planeamiento urbano y formar parte de las iniciativas de mejora de la calidad de vida y sostenibilidad urbanas (18). Así, los municipios como agentes públicos responsables de la planificación de la ciudad deben integrar la infraestructura verde como elemento de ordenación urbana. Así, la LOTUP atribuye la planificación y gestión a la administración autonómica y local de forma compartida. A escala local, la infraestructura verde se convierte en una determinación de ordenación estructural (19) y pormenorizada en el planeamiento municipal, y en consecuencia se delimitarán los distintos elementos y se regularán de forma adecuada a sus características, a su funcionalidad y su conectividad. El Plan general

(17) Así, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2012: p.198) alude a la protección de la estética del paisaje por las normas urbanísticas. En concreto, el art. 8 e) LOTUP dispone que el planeamiento municipal ha de propiciar una estructura urbana adecuada para lograr la integración de los núcleos de población en el paisaje, definición de bordes urbanos, silueta y accesos desde las principales vías de comunicación, incorporando criterios estéticos.

(18) HERRERA (2008: p. 169), plantea el reto de invertir en biodiversidad para mejorar las prestaciones urbanas y prevenir problemas que empiezan a despuntar en las ciudades como el bloqueo de los corredores ecológicos fragmentando hábitats y poblaciones. Con este propósito, describe varias infraestructuras que se combinan con parques y zonas verdes, y propone determinados criterios para implantar un programa de biodiversidad urbana en la ciudad. En este sentido, los instrumentos de ordenación del territorio de Castilla y León (Valladolid, Palencia, Segovia) han optado por un modelo territorial reticular capaz de mantener la continuidad del tejido verde (p. 171).

(19) Art. 21 1.b) LOTUP. De acuerdo con esta disposición, la delimitación y caracterización de la infraestructura verde es una determinación de la ordenación estructural del plan general estructural.

estructural será el instrumento de planeamiento municipal que va a definir a nivel local la infraestructura verde, incorporando y concretando sus elementos tanto regionales como municipales de manera coordinada con los municipios colindantes (20). Hay que destacar que no se trata de una zona específica de ordenación del plan general estructural, sino que sus elementos son objeto de zonificación (21) y regulación según sus características, legislación aplicable, función territorial y de forma adecuada a la interconexión de sus elementos, pero no obstante, el plan general podrá establecer determinaciones normativas aplicables a uno o varios elementos de la infraestructura verde para garantizar su carácter de espacio abierto (22). En este sentido, la documentación justificativa del plan general estructural debe incluir la justificación de la configuración de la Infraestructura Verde a escala municipal, la funcionalidad de la red primaria y la zonificación prevista, consideración que resulta fundamental para el control de su determinación por el planificador local.

Una vez, delimitada previamente la Infraestructura verde a escala municipal, ésta constituye la referencia para estructurar las decisiones de planificación de usos residenciales, dotacionales y económicos, de modo que debe integrarse en todos los sectores y zonas de la ciudad. Así, la regulación de los distintos usos debe hacerse en coherencia con la Infraestructura Verde, para que sus valores naturales y paisajísticos potencien la calidad de vida de la población. En con-

(20) Art. 23.1 LOTUP.

(21) Como sostiene DE GUERRERO MANSO (2012:p. 34); la zonificación o *zoning* es la técnica urbanística que permite configurar diversas áreas en las ciudades y asignar a cada una un destino urbanístico (usos globalmente permitidos), como solución a cuestiones de control económico y social, como la salubridad, por ejemplo mediante la reserva de terrenos para espacios libres y zonas verdes se conseguirá mejorar las condiciones de mayor soleamiento y ventilación para la zona y se incide positivamente en la calidad del aire. La zonificación no se limita a imponer un destino urbanístico al suelo sino que asigna a cada área los parámetros de edificación. Por tanto dentro de cada zona, el plan general estructural deberá contemplar los elementos de la infraestructura verde y establecer usos compatibles dentro de cada una de ellas. La infraestructura verde es un uso general y pormenorizado que condiciona las actividades urbanísticas y edificatorias que se puedan desarrollar en cada ámbito territorial, avalando la relación entre tipificación de los usos, la ordenación urbanística, el grado de intensidad de los usos o la densidad de las actividades que coexistan en cada área de suelo. En definitiva, los elementos de infraestructura verde se convierte en el criterio básico para la asignación de los usos en relación con la ordenación urbana y controlar la incidencia que supone la implantación de actividades sobre el medio urbano por su repercusión ambiental o riesgos para la sociedad. Así, ROMERO ALOY, M.J., y ROMERO SAURA (2013: p. 64) abogan por el imprescindible valor rector del plan urbanístico y por acomodar la técnica urbanística de la zonificación a las nuevas realidades complementándola con otros elementos acogiendo otros conceptos como la cohesión social, el desarrollo sostenible o bien la introducción de redes dotacionales y su coordinación con otras (infraestructuras, equipamientos), para dar respuesta al proyecto urbano.

(22) Art. 23.2 LOTUP.

secuencia, la recuperación del entorno agrario, paisajístico, ecológico e hídrico podría hacerse mediante la delimitación de la Infraestructura Verde del municipio a través de la ordenación estructural del Plan General. En este sentido, el plan de ordenación estructural del municipio va a definir e incorporar los elementos regionales y municipales de la infraestructura verde de manera coordinada con los municipios colindantes, potenciando el carácter espacial de la red.

Pero además, en la ordenación pormenorizada o detallada, el municipio ha de detallar la subinfraestructura verde urbana, que incluirá los espacios no definidos como ordenación estructural y que será objeto de conexión con las zonas verdes, espacios libres e itinerarios peatonales (23). Así, a escala urbana, la infraestructura verde conecta los espacios libres, jardines y otras dotaciones de la red secundaria, como son los parques urbanos, evitando la fragmentación de usos y zonas de la ciudad.

3. Medidas de gestión urbanística

En el ámbito local, de acuerdo con los documentos europeos, los proyectos de Infraestructura Verde han de ser financiados y apoyados por la administración, de modo que la red ha de ser gestionada, desarrollada y mejorada en parte por la administración. Desde esta perspectiva, una singularidad propia de la regulación valenciana es el establecimiento de un mecanismo gestión y financiación urbanística que garantice la conservación y desarrollo de la infraestructura, y que se concreta en un instrumento de cesión obligatoria del aprovechamiento tipo adoptado en sustitución del comúnmente denominado metro por metro (24) que instituyó la derogada Ley 4/2004, de ordenación del territorio y protección del paisaje.

(23) Art. 35.1 a) LOTUP.

(24) El art. 20 del derogado Reglamento de Ordenación y Gestión Urbanística, en referencia al art. 13.6 de la Ley 4/2004, de ordenación del territorio y protección del Paisaje establecía que «Toda reclasificación de suelo no urbanizable en suelo urbanizable, al margen del plan general, supone la cesión gratuita a la administración de suelo no urbanizable protegido, no productivo, con una superficie igual a la reclasificada». En el caso del metro por metro, el promotor de un proyecto urbanístico tenía que compensar a los ayuntamientos o la Generalitat un metro cuadrado de suelo protegido por cada metro cuadrado de suelo reclasificado (de rústico a urbanizable) y no estuviera previsto en el plan general. Era una medida muy criticada ya que se consideraba un peaje que daba permiso para ejecutar cualquier proyecto en suelo no urbanizable. Además, provocó la perversión de crear expectativas urbanísticas gracias al suelo protegido que, al ser incluido en un PAI, generaba derecho a edificabilidad en suelo urbano. Esta medida provocó que algunas promotoras acumularan suelo para cederlo a los ayuntamientos.

Sobre el metro por metro, la disposición transición tercera LOTUP prevé que «en el caso de las reclasificaciones de suelo no urbanizable a suelo urbanizable iniciadas antes de la entrada en vigor de la presente ley y no aprobadas definitivamente, se podrá optar por

Este mecanismo de cesión obligatoria con carácter finalista se ha previsto en el art. 77 b) LOTUP en relación con las reglas de equidistribución para los ámbitos de actuaciones integradas en el suelo urbanizable. Así, cuando se trate de un desarrollo de un sector de planeamiento parcial que no haya sido previsto en el plan general estructural «el porcentaje de aprovechamiento que corresponde a la Administración es del quince por cien del aprovechamiento tipo. En este caso un diez por cien será para la administración actuante y un cinco por cien para la Generalitat con la finalidad destinar los ingresos derivados de dicho patrimonio a la mejora de la Infraestructura Verde». Así, el legislador valenciano ha previsto que en el caso de reclasificación de suelo corresponde a la administración actuante el 10% del aprovechamiento y el 5% restante será para la Generalitat destinando los ingresos de ese patrimonio para la Infraestructura Verde (25). Igualmente, ha tomado en consideración la recomendación del dictamen del Consell Juridic Consultiu de la Comunidad Valenciana de 7 de febrero de 2014, sobre la obligación de que la cesión urbanística se produzca a favor de la administración actuante (en la mayoría de las ocasiones, local), sin perjuicio de la cesión de suelo posterior de carácter finalista a la Infraestructura verde, cuyos espacios no serán aptos para la prestación de servicios públicos autonómicos.

Además, cabe decir que el precepto no distingue si la administración autonómica debe destinar los ingresos derivados del porcentaje de aprovechamiento a la infraestructura verde local o autonómica. A mi juicio, los ingresos derivados de ese cinco por ciento del aprovechamiento para la Generalitat deben destinarse a la mejora de la infraestructura verde autonómica por dos razones: primero, porque se han de desarrollar las acciones necesarias fijadas en el Plan de Acción Territorial de la Infraestructura Verde y el Paisaje en la Comunidad Valenciana. Y además porque los espacios que comprende la infraestructura verde son en su mayoría de dominio público estatal, o de propiedad particular, de modo que los recursos obtenidos por este mecanismo se convierte en la forma de mejorar y conservar la infraestructura verde autonómica. A este respecto, el dictamen del Consell Juridic Consultiu de la Comunidad Valenciana de 7 de febrero de 2014, afirma que la operatividad del precepto será bastante reducida, en la medida que la infraestructura comprende espacios de dominio público

continuar con la cesión del suelo prevista en el artículo 13.6 de la ley 4/2004 de ordenación del territorio y protección del paisaje o sustituir esta cesión por la prevista en la LOTUP»: un 15% de aprovechamiento tipo será para la administración, un 10% para el ayuntamiento y 5% para la Generalitat, que lo destinará a la Infraestructura verde.

(25) Como se observa en las enmiendas presentadas al proyecto de ley (BOC 251 de 20.06.2014) en este caso se propone destinar a la infraestructura verde la mitad del aprovechamiento que exceda del 10% de la administración actuante.

estatal y de propiedad particular, lo que puede obstaculizar las actuaciones de la administración autonómica en la mejora de la infraestructura verde. Y después, porque la gestión municipal de la infraestructura verde local se podrá realizar mediante la gestión del patrimonio público del suelo, ya que el aprovechamiento tipo de la administración forma parte del mismo y sus bienes y recursos pueden ser destinados a la conservación y mejora de la infraestructura verde, del entorno urbano y protección del patrimonio arquitectónico del paisaje (art. 99.1 e) LOTUP).

Sin embargo, como advierte el Comité Económico y Social Europeo «Infraestructura Verde: mejora del capital natural de Europa» (26), la infraestructura verde no es sólo responsabilidad de los municipios, para su eficacia han de involucrarse en su mantenimiento y mejora los promotores privados de infraestructuras, empresas, constructores, organizaciones medioambientales, y los ciudadanos. Los particulares han de tener un papel fundamental en procesos participativos de planificación urbanística y la implicación de las empresas y promotores de infraestructuras, constructores, agricultores o asociaciones resulta crucial para el desarrollo de proyectos de infraestructura verde mediante la participación activa de la sociedad civil. Por ello, creo necesario que la ley valenciana debe incluir el reconocimiento de los particulares y el carácter indispensable de la inversión privada en el desarrollo de las actuaciones sobre la infraestructura verde, pues son los privados los principales beneficiarios de las soluciones naturales que aporta el sistema. De buena lógica, parece que tanto los usuarios del suelo como los responsables públicos han de comprometerse desde el principio en el proceso de creación y mejora de la infraestructura verde. En definitiva, de acuerdo con la LOTUP, la mejora y gestión de la infraestructura verde se hará efectiva con los ingresos que el municipio destine del patrimonio público del suelo de la administración municipal a esta finalidad discrecionalmente y con los ingresos derivados de la cesión obligatoria con carácter finalista del 5% de la Generalitat (27).

(26) Dictamen 2014/C 67/31

(27) A mi juicio, el reglamento que desarrolle la LOTUP deberá prever cómo la Generalitat ejecutará los ingresos obtenidos de la cesión obligatoria en la mejora de la infraestructura verde. Para ello, el ordenamiento urbanístico le atribuye varias opciones: bien obtener el equivalente económico, o bien proceder a la enajenación, permuta, arrendamiento cesión de terrenos. No obstante, hay que poner de manifiesto que el legislador no ha optado por la creación de un fondo, seguramente por el fracaso del suprimido Fondo de Equidad Territorial de la Ley 4/2004, de ordenación del territorio y protección del paisaje.

IV. ACCIONES PÚBLICAS DIRECTAS EN MATERIA DE PAISAJE Y CONSERVACIÓN DEL MEDIO NATURAL

Las administraciones territoriales adoptan una visión paisajística del espacio en la que integran los factores naturales en el planeamiento territorial y urbanístico con acciones de protección, gestión, conservación y regeneración. Además de preservar los recursos culturales, naturales y visuales, se crean iniciativas públicas para crear espacios de ocio y esparcimiento que impidan la fragmentación de los ecosistemas naturales y agrícolas, y que favorezcan la transformación de las barreras urbanas entorno a los espacios naturales mejorando la accesibilidad al paisaje. Así, merece la pena destacar diversas acciones y proyectos que coadyuvan en el modelo de ciudad contemporánea en la que se conecta el sistema de espacios abiertos a escala regional con el incremento de parques y espacios verdes ya que permiten equilibrar los déficits ambientales de la ciudad, además de complementar su oferta recreativa.

Un ejemplo para preservar la diversidad de los paisajes es la Infraestructura Verde del Área Metropolitana de Valencia: Corredor del Río Turia, Huerta, Albufera y Mar Mediterráneo, que supone un gran espacio verde entre ocho municipios que bordean el río, eje vertebrador del área metropolitana. Con esta actuación, se pretende evitar la fragmentación de los ecosistemas naturales y agrícolas y las barreras urbanas alrededor del río, mejorando el acceso al paisaje. Otra actuación propuesta con el mismo objetivo es el Gran Parque Metropolitano de Alicante: Corredor Río Monnegre-Serpis. También en la Comunidad Valenciana, y desde una perspectiva estética se inician planes de protección y ordenación de las vistas hacia el paisaje como el Plan de mejora visual de los accesos a los municipios y el plan de protección y ordenación de las vistas desde las vías de comunicación.

En España, entre otras iniciativas de infraestructura local destaca el anillo verde de Vitoria que compone un área sostenible que proporciona servicios ecosistémicos y conecta las áreas urbanas, periurbanas, y los elementos artificiales. Entre sus efectos, se ha constatado que la infraestructura verde consigue enfriar el clima urbano en verano y reducir la contaminación del suelo, y junto a estos efectos, se invierte en educación ambiental, tecnología, innovación y proyectos de revitalización urbana en zonas degradadas. No obstante, también se desarrollan proyectos de infraestructura verde a escala de la UE como el «Cinturón verde europeo», del Mar de Barents al Mar Negro, el Rin y el Danubio o los bosques fenoescandinavos, los cuales generan ventajas al garantizar la resiliencia y vitalidad de algunos ecosistemas más representativos de Europa.

Igualmente, se encuentran experiencias en EEUU donde se desarrollan programas de infraestructura verde en ciudades como Florida, Washington, Philadelphia o Nueva York, en los que se ayudan de la fijación de la vegeta-

ción para conseguir una mejora de la calidad del aire, agua, biodiversidad, y empleabilidad de la población (28).

V. CONCLUSIONES

Resulta esencial comprender que la Infraestructura Verde se configura como una subestructura, red o sistema natural que se vincula necesariamente al mantenimiento y desarrollo de la población en el territorio y que presta una serie de servicios ecosistémicos (29), es decir, aporta unas ventajas ambientales, sociales y económicas en las áreas urbanas, en el entorno rural, y en la ordenación territorial. Como se necesita mejorar y ampliar la infraestructura construida también es necesario mejorar y ampliar la infraestructura verde de espacios protegidos, bosques, áreas agrícolas, paisajes de alto valor, hábitats, parques y áreas naturales que contribuyen al aire limpio, a la protección de la biodiversidad urbana, a la calidad del agua y a los recursos naturales en el territorio. En resumen, a mi juicio, la infraestructura verde se define como un instrumento multifuncional que aporta servicios ecológicos, económicos y sociales a la sociedad, mediante la conservación de una red interconectada de espacios, esenciales para el mantenimiento del funcionamiento de los recursos naturales que hacen posible la vida en el territorio.

Esta figura se introduce en la legislación de ordenación del territorio como un enfoque estratégico para la planificación y gestión del territorio a escala regional y local, en la que idealmente, la planificación y diseño de la misma ha de ser previa a la ordenación de los usos que se desarrollan en el territorio. En este sentido, la legislación valenciana adopta la concepción previa y multifuncional de la infraestructura verde en la planificación territorial y urbanística conforme a los criterios de la Estrategia de la Unión Europea de 2013 y la Agenda Territorial Europea 2020, y además, atribuye a la administración autonómica y local, la responsabilidad de la mejora y conservación de la red interconectada de espacios a través de un mecanismo de financiación público. A este respecto, se aleja de los planteamientos comunitarios y de la experiencia norteamericana en la que participan agentes públicos y privados, pues para alcanzar su éxito resulta fundamental el concurso de investigadores, planificadores, expertos de la arquitectura del paisaje, promotores de proyectos de infraestructuras, agricultores, constructores, y otros agentes privados de forma conjunta con la acción pública.

(28) http://water.epa.gov/infrastructure/greeninfrastructure/index.cfm#Policies_and_Plans. A nivel mundial, vid: <http://www.teebweb.org>.

(29) Informe de la Agencia Europea del Medio Ambiente. «*Green Infrastructure and territorial cohesion*», 2011, p.35.

Finalmente, hay que advertir que junto a las ventajas señaladas hay que tener en consideración potenciales limitaciones como la identificación de externalidades negativas para espacios verdes urbanos (especies invasoras, propagación de los alérgenos o toxinas en las plantas, los animales de vida silvestre que transmiten enfermedades, daños a la infraestructura construida por descomposición o raíces de los árboles, el agotamiento de los recursos hídricos debido a la riego, el escurrimiento de nutrientes o la propagación de contaminantes a través del suelo y material vegetal). En general, la ponderación entre las externalidades positivas y negativas de la infraestructura en base al criterio coste-beneficio ha de introducirse en el proceso de toma de decisiones por los agentes públicos responsables en la planificación, mejora y conservación de la infraestructura verde. A partir de la entrada en vigor de la LOTUP, el éxito de este enfoque estará limitado por el verdadero potencial de la infraestructura verde urbana y por la participación pública en el procedimiento de planificación y gestión.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Territorial de la Unión Europea 2020: Hacia una sociedad integradora, inteligente y sostenible para una Europa de Regiones diversas, de 18 de mayo de 2011, Hungría.
- BENEDICT, MARK A., Y MCMAHON (2002): *Green infrastructure: smart conservation for the 21st century*, Washington, DC, Sprawl watch clearing House. Online en <http://sprawlwatch.org/greeninfrastructure.pdf>.
- DE GUERRERO MANSO, C. (2012): *La zonificación de la ciudad: concepto, dinámica y efectos*, Cizur Menor, Aranzadi, 338 pp.
- FIREHOCK, K. (2010): *A short History or the term Green Infrastructure and Selected Literature*, online en <http://www.gicinc.org/PDFs/GI%20History.pdf>.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE sobre la biodiversidad hasta 2020: nuestro seguro de vida y capital natural. COM (2011) 244 final. Bruselas, 3.05.2011.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones. Infraestructura Verde: mejora del capital natural de Europa. DCOM (2013) 249 final. Bruselas 6.05.2013.
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones – Infraestructura Verde: mejora del capital natural de Europa». DOCE C 67 de 6.03.2014.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (2012): «Algunas consideraciones sobre el actual panorama del paisaje urbano en nuestro ordenamiento: desde su originaria y exclusiva protección por el ordenamiento urbanístico al incipiente ordenamiento paisajístico», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 277, pp. 187-216.
- HERRERA CALVO, P.M. (2008): «Infraestructuras de soporte de la Biodiversidad: planificando el ecosistema urbano», en *Ciudades*, núm.11, pp. 167-188.
- Informe de la Agencia Europea del Medio Ambiente. *Green Infrastructure and territorial cohesion* (2011).
- ROMERO ALOY, M.J. y ROMERO SAURA, F. (2013): *La zonificación urbanística*, Madrid, La Ley, 524 pp.
- TAYLOR, S y TAILOR, J.R. (2013): «Supplying urban ecosystem service through multifunctional green infrastructure in the United States», en *Landscape ecology in review*, núm. 28, pp. 1447-1463.

LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR AL SERVICIO DE LA UNIVERSIDAD (*)

CONSUELO DE LOS REYES MARZAL RAGA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL PERSONAL DOCENTE AL SERVICIO DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA: 1. La protección social en la prestación del servicio educativo: A. La dedicación, la carga docente y la jornada laboral del PDI. B. El descanso retribuido: las vacaciones. 2. La protección social vinculada a la formación del PDI: A) Los permisos y licencias vinculados a la formación del PDI. B) La movilidad del PDI por cambio de puesto de trabajo. C) La formación universitaria vinculada al desarrollo de la carrera docente del PDI. D) Las ayudas económicas para la formación e investigación del PDI. E) La situación administrativa de Comisión de Servicios. 3. La protección social vinculada al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres: A) Los instrumentos de naturaleza orgánica. B) Los Planes de igualdad y otras medidas encaminadas a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres. 4. La protección social por motivo de la conciliación de la vida personal y familiar: A) El horario flexible y la adaptación de la jornada. B) Las vacaciones. C) Los permisos por razón de la conciliación. D) La situación administrativa de Excedencia. E) La movilidad del PDI para garantizar la conciliación. 5. La protección social por razón de la violencia de género: A) La concesión de permisos. B) La movilidad por cambio del puesto de trabajo y los derechos preferentes. C) La situación administrativa de Excedencia. D) Los Programas específicos y los Protocolos de actuación. 6. La protección social en el ámbito de las prestaciones sociales: A) El régimen de Seguridad Social. B) Las medidas de asistencia social. C) Las medidas de salud laboral. 7. La protección social tras el cese de la relación de servicio: A) La jubilación y la condición de profesor emérito. B) Las aportaciones a Planes para la contingencia de jubilación. C. Los permisos vinculados al momento de la jubilación. 8. La protección social de contenido económico: A) Los complementos por méritos docentes (quinquenios). B) Los complementos por méritos de investigación (sexenios). C) Los complementos por cargo académico.– III. CONCLUSIONES.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

SUMARIO: La condición de profesor al servicio de la Universidad conlleva una serie de singularidades en el empleo y salud laboral, que se ven directamente afectadas por la autonomía universitaria constitucionalmente reconocida.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 20 de mayo de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 10 de julio de 2014.

Nuestro interés se detiene en analizar cuáles son los ámbitos en que este colectivo encuentra un adecuado nivel de protección respetuoso con el Estado social que proclama el artículo 1 de la Constitución, y por tanto garante de actuaciones mucho más satisfactorias que las amparadas por los derechos sociales legalmente reconocidos.

Desde este enfoque metodológico, ofrecemos una visión general de los distintos ámbitos sobre los que puede proyectarse la protección social del PDI comenzando por la propia prestación del servicio educativo; aunque también identificamos ámbitos más sensibles a la protección social, algunos de los cuales son específicos para el PDI de las Universidades y otros son comunes a todos los empleados públicos.

Además, la sistemática de la exposición permite mostrar las dificultades del sistema de fuentes en este ámbito, caracterizado por un marco normativo específico, sin perjuicio de la variedad de posiciones que la autonomía universitaria permite, fundamentalmente, por la capacidad normativa que concede a cada Universidad.

Palabras clave: protección social; personal docente e investigador; autonomía universitaria.

ABSTRACT: The teacher provided the service of the University has a number of peculiarities in employment and health, which are directly affected by the constitutionally recognized university autonomy.

Our interest is stopped to analyze what are the areas in which this group is an adequate level of social protection with eco State proclaimed in Article 1 of the Constitution, and therefore much more satisfactory guarantor of the rights protected by the social actions legally recognized.

From this methodological approach, we provide an overview of the different areas that can be projected on the social protection of IDPs starting with the very provision of educational services; but also identify more sensitive to social protection areas, some of which are specific to the POI Universities and others are common to all public employees.

In addition, systematic exposure allows the system to show the difficulties of sources in this area, characterized by a specific regulatory framework, notwithstanding the variety of positions that university autonomy allows mainly by the regulatory power granted to each university.

Key words: social protection; teaching and research; university autonomy.

I. INTRODUCCIÓN

La condición de profesor al servicio de la Universidad pública conlleva una serie de singularidades en el empleo y salud laboral, que se ven directamente afectadas por la autonomía universitaria constitucionalmente reconocida, sin perjuicio de otras peculiaridades derivadas de las reglas de acceso y carrera que caracterizan a las distintas tipologías de personal docente e investigador (PDI) de la Universidad.

Nuestro interés se detiene en analizar cuáles son los ámbitos en que este colectivo encuentra un adecuado nivel de protección respetuoso con el Estado social que proclama el artículo 1 de la Constitución, y por tanto garante de actuaciones mucho más satisfactorias que las amparadas por los derechos sociales legalmente reconocidos; sin perjuicio de que en algunos casos podamos identificar verdaderos derechos subjetivos del profesorado universitario.

Desde este enfoque metodológico, ofrecemos una visión general de los distintos ámbitos sobre los que puede proyectarse la protección social del PDI comenzando por la propia prestación del servicio educativo; aunque también identificamos ámbitos más sensibles a la protección social, algunos de los cuales son específicos para el PDI de las Universidades como por ejemplo los vinculados a su formación y los de contenido económico, y otros son comunes a todos los empleados públicos, sin perjuicio de resaltar algunas diferencias como por ejemplo las que afectan a la igualdad entre hombres y mujeres, a la conciliación de la vida personal y familiar o a la protección frente a la violencia de género.

La sistemática de la exposición permite mostrar las dificultades del sistema de fuentes en este ámbito, caracterizado por un marco normativo específico (1) que exige la convivencia entre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la variedad de posiciones que la autonomía universitaria permite, fundamentalmente, por la capacidad normativa que concede a cada Universidad (2).

En esta tarea, uno de los elementos clave son los Estatutos de cada una de las correspondientes Universidades, en su condición de reglamentos independientes en que se plasma la potestad de autonormación de cada una de ellas (STC 55/1989) (3).

(1) MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M^o (2011): pp. 7-34.

(2) La STC 235/1991, respecto del Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario dirá que no sólo al acceso del profesorado sino su completo régimen jurídico es competencia del Estado, pues dado el carácter de funcionarios estatales de que gozan los profesores universitarios, son inmunes al esquema de aplicación del artículo 149.1.18 CE, o sea, a unas bases fijadas por el Estado y un posible desarrollo por las Comunidades Autónomas, puesto que la dicotomía bases-desarrollo sirve exclusivamente para los funcionarios autonómicos.

En definitiva, tratándose de funcionarios estatales, la competencia exclusiva para la regulación de su régimen jurídico pertenece al Estado con el límite —claro está— de la autonomía universitaria, que actúa como garante de que las propias Universidades puedan ejercer competencias dentro de los espacios de libertad en los que el legislador estatal y el autonómico no hayan agotado su regulación, de acuerdo con los distintos títulos competenciales.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1988): pp. 7-22, expone que la consideración de cada Universidad como una organización independiente y autocéfala, con personalidad jurídica propia, no ha de ser un puro dato formal sino que debe apoyarse en un sustrato real y

Pero también en el marco de la negociación colectiva, la autonomía universitaria concede un amplio margen de actuación en el seno del diálogo con los representantes de los sectores educativos implicados —cualquiera que sea la denominación que los Estatutos atribuyan al órgano correspondiente— mediante el cual puede ampliarse la protección social del correspondiente personal (4).

Precisamente esta amplitud dificulta la sistemática de nuestra exposición; pues la autonomía universitaria se predica de cada una de las Universidades y por tanto permite una extensa variedad de situaciones, a las que haremos referencia por remisión a la concreta regulación universitaria, en la medida en que se precise.

II. LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL PERSONAL DOCENTE AL SERVICIO DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA

Para sistematizar la exposición que pretendemos hemos escogido un criterio material, que nos permite una mejor comprensión de los distintos ámbitos sobre los que se proyectan los instrumentos de protección social; sin perjuicio de las oportunas referencias a su aplicación subjetiva, atendida la dualidad de regímenes a que se somete este personal docente e investigador, por referencia a los cuerpos de la función pública docente y al profesorado en régimen de Derecho laboral (5).

positivo y, además, ha de expresarse en una capacidad de autoorganización y autodecisión. A una organización de estos rasgos suele reservarse el calificativo de autónoma en el sentido originario del término (autonormación). En este mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1982): pp. 46 ss.

(4) Los Estatutos de la correspondiente Universidad recogerán la distinción entre los órganos de representación de los profesores que pertenecen a los Cuerpos docentes (normalmente denominados Juntas de Personal Docente e Investigador) y la representación de los profesores vinculados con contrato laboral (Mesa de Negociación de la correspondiente Universidad). No obstante, en ambos casos, como declaró la STC 222/2005, tales órganos deben contar con la presencia de todos los sindicatos legitimados.

(5) Aunque todos los profesores participan de la consideración de empleado público en los términos de la Ley 7/07, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), el artículo 47 LOU distingue entre los cuerpos de funcionarios docentes, que concreta en el Cuerpo de Catedráticos de Universidad y en el Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad, una de cuyas especialidades es la posibilidad de vinculación de plazas a los servicios asistenciales de instituciones sanitarias en áreas de conocimiento de carácter clínico.

En cuanto al profesorado universitario contratado en régimen de Derecho laboral, la LOU reconoce un amplio catálogo que comprende las figuras de Profesores Ayudantes; Profesores Ayudantes Doctores; Profesores Contratados Doctores; Profesores Asociados; Profesores Visitantes; Profesores colaboradores; Profesores eméritos y Profesorado con contrato por obra o servicio, que comprenderá al personal docente investigador, técnico u otro personal de duración determinada, que se contrata a través de programas nacionales o autonómicos específicos o

El criterio material nos permite ofrecer un amplio abanico de posibilidades para garantizar la protección social del profesorado universitario que, sin vocación de exclusividad, recae sobre aspectos tan diversos como la prestación del servicio docente; la formación del profesorado en su condición de empleado; la conciliación de la vida personal y familiar; la violencia de género u otras prestaciones sociales que pueden reconocerse a este colectivo, aun después del cese de su relación de servicio con la correspondiente Universidad.

No obstante, conviene precisar desde el inicio que a los profesores universitarios que ostenten la condición de funcionarios les son de aplicación los derechos que con carácter general se reconocen a este tipo de empleados públicos. Y lo mismo se ha de decir respecto de los profesores en régimen de Derecho laboral, a quienes les son de aplicación los derechos reconocidos a este tipo de personal con carácter general.

Por ello, en la medida en que la exposición lo requiera, recordaremos la aplicación de la normativa general del empleado público a todo el PDI aunque nuestra atención se detiene en mostrar las peculiaridades que en uso de su autonomía rigen para las distintas Universidades.

1. La protección social en la prestación del servicio educativo

El ejercicio de la función docente en el ámbito de la Universidad goza de ciertas peculiaridades, que analizamos con el objeto de conocer en qué medida el profesorado encuentra un nivel adecuado de protección social.

La exigencia de un profesorado que combine de forma simultánea la docencia y la investigación es una característica inherente a la educación superior que imparte la Universidad (6), y que por tanto determina las condiciones en que se presta el servicio educativo.

para el desarrollo de proyectos de investigación científica, técnica o artística, de innovación pedagógica, transferencia del conocimiento, encargos docentes especializados de duración limitada y otras actividades académicas.

Estas tipologías se han de completar con las reconocidas en la Ley 14/2011, de 4 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

(6) La importancia de la función investigadora o libertad del científico como manifestación de la autonomía universitaria se analiza por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1988): pp. 11-13.

La necesaria vinculación entre enseñanza e investigación o estudio como algo específico de la Universidad se ha destacado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1982): p. 46, al señalar que «aquí radica el por qué siempre, bajo cualquier régimen y sistema organizativo, salvo excepciones de imposición totalitaria sostenida con firmeza, ha sido consustancial a la Universidad la autonomía como expresión de la libertad académica». En la Universidad se enseña porque se investiga, ya que una cosa es «dar clase», para lo cual es evidente que no se precisa de la investigación, y otra es enseñar, actividad esta última en la que la labor

Para el análisis que pretendemos detenemos la atención en el régimen de dedicación y carga lectiva; en la jornada laboral y el descanso retribuido, que son ámbitos específicos en la prestación del servicio por parte este colectivo; dejando de lado otros aspectos del régimen jurídico del PDI como puede ser el sistema de acceso y las posibilidades de promoción o integración en los distintos cuerpos de la función pública docente.

Avanzamos ya que las recientes modificaciones en este ámbito han supuesto un retroceso en el reconocimiento de derechos sociales del PDI aunque, no obstante, la autonomía de las Universidades reconocida en el artículo 27.10 CE permite forzar algunos aspectos mejorando las disposiciones que, con carácter general, son de aplicación a todos los profesores (7).

investigadora del docente resulta esencial para dar cumplimiento a su fin: «Lo específico de la Universidad, y lo que la distingue y diferencia de las demás instituciones integrantes del sistema educativo, es que en ella es donde se hace la Ciencia buena o mala, de un país».

En esta misma dirección, DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel y CHAVES GARCÍA, José Ramón (1998): p. 37, apuntan que la investigación es lo único que diferencia a la Universidad de un Instituto de Enseñanza Media.

Con una referencia a las distintas intervenciones gubernamentales, PIÑAR MAÑAS, José Luis (1989): pp. 137-144.

Véase también CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, «Libertad científica y organización universitaria» (1977): p. 215; y CUETO PÉREZ, Miriam (2003): pp. 479-512, quien insiste en que docencia e investigación constituyen un binomio indisoluble en el ámbito universitario. Véase también CUETO PÉREZ, Miriam (2002).

Un estudio histórico, en DE LA CRUZ AGUILAR, Emilio (1987): pp. 57 ss., quien destaca que desde el origen de la institución universitaria, el estudio y la docencia fueron unidos y se complementaron.

(7) El reconocimiento constitucional de la autonomía universitaria que proclama el artículo 27 CE en los términos que la Ley establezca, o lo que es lo mismo, su consideración como derecho fundamental de configuración legal, remite al legislador ordinario la disponibilidad normativa para configurar el marco o modelo de ejercicio de este derecho fundamental que, en un sistema descentralizado como el nuestro, implica que la regulación que el Estado o las Comunidades Autónomas hagan de la Universidad no puede ser tan exhaustiva que no deje campo para la participación de las Universidades.

En este contexto, el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU) conforma el núcleo esencial de la autonomía universitaria de modo tal que, en lo relativo al personal docente e investigador (PDI), comprenderá aspectos tales como la selección, formación y promoción de dicho personal, así como la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades (artículo 2.5); el establecimiento y modificación de las relaciones de puestos de trabajo (artículo 2.9); y también el establecimiento de relaciones con otras entidades para la promoción y desarrollo de sus fines institucionales (artículo 2.10).

Los límites de la autonomía universitaria ordenada en el artículo 27.10 CE han quedado precisados en SSTC 26/1987, 55/1989, 106/1990, 130/1991, 187/1991, 156/1994, 179/1996 y 75/1997. Y por las más recientes SSTC 141/2013, 134/2013 y 131/2013.

Sobre el alcance de la autonomía universitaria, además de la doctrina citada en las notas anteriores véase EMBID IRUJO, Antonio (1993): pp. 9-28. Una sucinta comparación entre la auto-

A) La dedicación, la carga docente y la jornada laboral del PDI

El artículo 68.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU) establece que el profesorado ejercerá sus funciones preferentemente en régimen de dedicación a tiempo completo, de acuerdo con la carga docente que más adelante se dirá; o bien a tiempo parcial. No obstante, la dedicación será en todo caso compatible con la realización de trabajos científicos, técnicos o artísticos de acuerdo con el artículo 83 de la LOU, relativo a la transferencia de los resultados a través de la colaboración con otras entidades o personas físicas.

Por su parte, el artículo 68.2 de la LOU, en la redacción introducida por el Real Decreto-Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo establece que, con carácter general, el PDI funcionario de las Universidades a tiempo completo dedicará a la actividad docente la parte de la jornada necesaria para impartir en cada curso un total de 24 créditos ECTS aunque la dedicación puede variar en función de la actividad investigadora realizada por el profesor, cuando le haya sido reconocida de conformidad con el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario, y por tanto haya dado lugar a la percepción del complemento de productividad.

En concreto, el artículo 2.4 del citado Real Decreto-Ley 14/2012 establece las reglas generales para fijar la dedicación, que se determina en función del cuerpo de la función docente al que pertenezca el profesor (catedráticos o profesores titulares de Universidad o de Escuela universitaria) y el número de evaluaciones positivas de la actividad investigadora que se hubieren obtenido y así se refleje en el complemento salarial de productividad reconocido (8).

nomía de las instituciones universitarias y no universitarias en DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel y GURREA CASAMAYOR, Fernando (2000): pp. 213-232. El distinto alcance de la autonomía en atención al nivel educativo de los establecimientos se destaca por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2004): pp. 454-455.

(8) Las reglas fijadas en el Real Decreto-Ley 14/2012 para los cuerpos de la función pública universitaria determinan que: a) Deberá dedicar a la función docente la parte de la jornada necesaria para impartir en cada curso un total de 16 créditos ECTS quien se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: Profesores Titulares de Universidad, Profesores Titulares de Escuelas Universitarias o Catedráticos de Escuela Universitaria con tres o más evaluaciones positivas consecutivas, habiéndose superado la más reciente en los últimos seis años. Catedráticos de Universidad con cuatro o más evaluaciones positivas consecutivas, habiéndose superado la más reciente en los últimos seis años. En todo caso, cuando se hayan superado favorablemente cinco evaluaciones. b) Deberá dedicar a la función docente la parte de la jornada necesaria para impartir en cada curso un total de 32 créditos ECTS, quien se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: Que no haya sometido a evaluación el primer período de seis años de actividad investigadora o que haya obtenido una evaluación negativa de dicho período. Que hayan transcurrido más de seis años desde la última evaluación positiva.

Estas previsiones también son de aplicación al personal laboral indefinido (profesor contratado Doctor y profesor colaborador, de acuerdo con la legislación básica del Estado; o figuras autonómicas similares como por ejemplo profesor agregado previsto para las Universidades catalanas) cuyo régimen se asimila en este punto al de los cuerpos de funcionarios docentes, en tanto que se les reconocen los complementos salariales por productividad a que se refiere el Real Decreto 1086/1989, sobre retribuciones del profesorado universitario.

El personal laboral en formación mantendrá una carga docente de 240 horas anuales, dado que no puede acceder al reconocimiento de su actividad investigadora en los términos previstos en el citado Real Decreto 1086/1989. Y para el profesorado asociado, la carga docente será el resultado de multiplicar treinta semanas lectivas por las horas de docencia semanales que se hubieren contratado (tres, seis o nueve horas).

Como podrá advertirse, en verdad, la nueva disposición normativa no ofrece ninguna protección social al PDI sino más bien empeora la situación preexistente, que estaba fijada con carácter general en 22 créditos ECTS; elevando la carga docente de todo el PDI aunque en algunos casos, para quienes no tienen reconocido el complemento salarial correspondiente a los méritos por investigación (sexenios), el incremento en la dedicación llega a ser mucho mayor.

Las disposiciones del Real Decreto-ley 14/2012 muestran una clara desviación de poder en la medida en que el reconocimiento salarial de los sexenios como parámetro para la determinación de la carga lectiva del profesor se separa de la finalidad para la que fueron establecidos tales complementos, más aun si tenemos en cuenta que este complemento salarial se reconoce a solicitud del interesado, sólo si es de su interés.

No obstante, hemos de recordar que la reforma del artículo 68 de la LOU operada por el citado Real Decreto-ley 14/2012 deja intacta la competencia de las Universidades para que, en uso de su autonomía, puedan organizar y concretar en cada caso el régimen de dedicación de su PDI. A tal fin, la negociación colectiva se ha mostrado como una de las fuentes más importantes para aligerar la carga docente que impone el nuevo marco estatal, aunque nada impide el uso de la potestad normativa de que también gozan las Universidades (9).

En esta dirección, algunas Universidades han aprobado ciertas disposiciones que permiten la aplicación transitoria del citado Real Decreto-Ley, por

(9) LINDE PANIAGUA, Enrique (1977): pp. 368-369, identifica la autonomía universitaria como «auténtica descentralización administrativa» comprensiva de la competencia normativa (capacidad para integrar el ordenamiento jurídico) y la competencia de índole ejecutiva.

ejemplo a quienes estén pendientes del reconocimiento de sexenios por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad Educativa (ANECA) —que es el organismo que, bajo la forma de fundación, tiene encomendada esta tarea, entre otras (10)— permitiéndoles una rebaja a 29 créditos ECTS, que es una carga docente muy inferior a los 32 créditos que de acuerdo con la norma estatal les correspondería impartir, y lo mismo se dispone con el fin de incentivar la investigación.

En otras ocasiones se contempla una moratoria de un año en la aplicación del Real Decreto-Ley, durante el cual se mantendrá la carga docente de 24 créditos cuando el PDI hubiere disfrutado de permiso por maternidad o adopción; por acumulación de la reducción por lactancia; o de períodos de excedencia para el cuidado de los hijos (11).

Con todo, la regulación estatal supone una limitación importante que difícilmente puede moderarse por las Universidades a través de la autonomía constitucionalmente reconocida.

Asimismo, se ha de resaltar como peculiaridad en la carga docente del profesorado universitario la exención o reducción de las tareas docentes que, los correspondientes Estatutos o reglamentos recogen para quienes ostenten cargos universitarios de representación (Rector, Vicerrector...), en función de las responsabilidades asumidas y con el alcance que más adelante se dirá.

Por otra parte, la carga lectiva del PDI no sólo se conforma con la atribución de la docencia de acuerdo con las reglas expuestas sino que ha de añadirse la correspondiente a la atención de tutorías (12), sin perjuicio de la labor investigadora que no sigue estos mecanismos para su cómputo.

En cuanto a la jornada laboral, de acuerdo con el artículo 9.4 A) del Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario, la jornada laboral del profesorado, computada semanalmente, será de ocho horas lectivas y seis horas de tutorías o asistencia al alumnado para los profesores con dedicación a tiempo completo, aunque en el caso del personal

(10) La configuración de un órgano con unas funciones tan importantes en materia de educación universitaria bajo la cobertura del Derecho privado y no de Derecho público ha sido contestada por la doctrina.

Sobre la cuestión, véase NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2009): pp. 129-166. Y también NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2004): pp. 47-81.

(11) En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, la Universitat de València, según Acuerdo del Consejo de Gobierno de 8 de junio de 2012 (AGUV 112/2012).

(12) Nótese que la carga lectiva no sólo incluye la docencia propiamente dicha, sino también la atención al alumnado a través de tutorías que, en algunas Universidades como por ejemplo la de Valencia, pueden atenderse de forma presencial o, en parte, a través de medios electrónicos, en los términos que recoge el Acuerdo del Consejo de Gobierno 200/2011 (ACGUV 200/2011, Implantació tutories virtuals i Gestió de la Dedicació del PDI).

sanitario con plaza vinculada podrán realizarse en hospitales concertados, salvo para los Profesores Titulares de Escuela Universitaria, que será de doce horas lectivas y seis de tutorías o asistencia al alumnado.

Para los profesores en régimen de dedicación a tiempo parcial, la jornada semanal se fija entre un máximo de seis y un mínimo de tres horas lectivas, y un número igual de horas de tutoría y asistencia al alumnado; todo ello en función de las necesidades docentes e investigadoras de la Universidad.

En todo caso, las Universidades, en uso de su autonomía, pueden concretar el régimen de jornada para las distintas categorías de PDI, en función de su dedicación (completa o parcial), fundamentalmente a través de la negociación colectiva; de modo que se ofrezca una mayor protección social. Así, por ejemplo, se admite la acumulación de horas docentes en un semestre, cuando las necesidades del servicio así lo exijan; o la adecuación de la jornada por motivo de la conciliación de la vida personal y familiar, en el caso de que se obtenga una reducción o adaptación, en los términos que más adelante se dirán.

En estos casos, es la ordenación académica dispuesta en cada Universidad a través del plan de ordenación académica (POD) o instrumento similar, lo que puede facilitar una adaptación de la jornada y por tanto garantizar mayores cotas de protección social al PDI.

B) El descanso retribuido: las vacaciones

Otro de los ámbitos donde la vertiente organizativa de la autonomía universitaria se muestra claramente es la concreción del derecho al descanso retribuido del PDI, que cada Universidad fijará en desarrollo del calendario escolar (STC 235/1991) (13), y donde advertimos una amplia variedad de medidas encaminadas a la protección social del PDI.

Así, aunque con carácter general las vacaciones se han de disfrutar durante el mes de agosto; excepcionalmente y por razones de interés académico o para promover la conciliación de la vida laboral y familiar, las Uni-

(13) En relación con el calendario académico, la STC 235/1991 declaró inconstitucionales algunos preceptos del Real Decreto 898/1985, relativos a la previsión de dar publicidad a dicho calendario, que debe considerarse básica pues la finalidad es dar a conocer una información esencial para el ejercicio del derecho a la educación por parte de los alumnos; aunque el contenido concreto del calendario académico no puede calificarse de básico, pues, dada la naturaleza de las actividades que con él se dan a conocer (horario de clases, seminarios, tutorías y otros posibles), es inseparable de la organización de la docencia y la investigación, por lo que su fijación debe corresponder a cada Universidad y a la Comunidad Autónoma respectiva. También considera el Tribunal Constitucional que la referencia al tablón de anuncios en que debe publicarse el calendario es una intromisión en la potestad de organización de la Universidad.

versidades pueden autorizar su disfrute en otros períodos, siempre que estén cubiertas las necesidades del servicio (14).

En otros casos, además de estas circunstancias excepcionales, se admite que las vacaciones puedan disfrutarse en un mes distinto al de agosto, cuando el PDI se encuentre de baja por enfermedad o maternidad, siempre que sea compatible con las necesidades del servicio y, en particular, con la docencia (15).

También las vacaciones pueden verse prolongadas por acumulación de distintos permisos y licencias a dicho período de descanso, con el fin de asegurar la protección social del PDI, impidiendo todo tipo de discriminación por razón de sexo, el favorecimiento de la igualdad de oportunidades y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; cuyo alcance analizamos más adelante (16).

2. La protección social vinculada a la formación del PDI

En este apartado nos referimos a los distintos instrumentos por los cuales se reconocen ámbitos de protección social vinculados a la formación del profesorado universitario en su doble condición de docente e investigador; que se justifican en el reconocimiento de la investigación como un derecho y un deber, de acuerdo con los fines generales de la Universidad y dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico (artículo 40 LOU).

Para hacer efectivo dicho derecho, el precepto proclama que la actividad y dedicación investigadora será criterio relevante para determinar la eficiencia en el desarrollo de la actividad profesional del docente; facilitándose la compatibilidad entre el ejercicio de la docencia y la investigación (apartado 3). Más

(14) A título de ejemplo, véase el Reglamento de permisos, licencias, vacaciones y situaciones administrativas de la Universitat de València, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno nº 21/2003, de 4 de marzo, en la redacción dada por el Acuerdo 257/2011, de 29 de noviembre, cuyo artículo 12 admite, además, que los días adicionales de vacaciones a que pueda tenerse derecho se disfruten preferentemente durante la segunda quincena del mes de julio y la primera de septiembre, siempre que los interesados no tengan asignados exámenes u otras obligaciones de enseñanza en estas fechas aunque, excepcionalmente y previa justificación, el Director del Departamento podrá autorizar su disfrute en otros períodos, siempre que estén cubiertas las necesidades del servicio.

(15) Véase, por ejemplo, la Normativa sobre permisos y licencias del PDI de la Universidad de Castilla-La Mancha, aprobada por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de marzo de 2005.

(16) En este sentido, véase el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad de Vigo de 23 de julio de 2007, por el que se autoriza la acumulación al período de vacaciones de distintos permisos y licencias como el permiso por parto, adopción o acogimiento; el de paternidad o la licencia por razón de matrimonio; así como la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

concretamente, se proclama que las Universidades fomentarán la movilidad del PDI mediante las oportunas convocatorias, con el fin de mejorar su formación y actividad investigadora, a través de la concesión de los oportunos permisos y licencias en el marco de la legislación estatal y autonómica aplicable, y de acuerdo con las previsiones estatutarias consignadas al efecto (apartado 4).

De este modo, los Estatutos de las Universidades se ofrecen como cuerpo normativo garante de la formación y perfeccionamiento del PDI, permitiendo una variedad de posibilidades para la mejora de la protección social de su PDI aunque no obstante, a los efectos de nuestra exposición, tales instrumentos pueden sistematizarse por relación al reconocimiento de permisos y licencias para la formación; a la movilidad del PDI por cambio de puesto de trabajo; a la posibilidad de formación universitaria vinculada al desarrollo de la carrera docente; a la obtención de ayudas económicas y al reconocimiento de situaciones administrativas.

A) Los permisos y licencias vinculados a la formación del PDI

Con carácter general, se reconocen un conjunto de licencias que puede solicitar todo el PDI funcionario y laboral, con el objeto de facilitar su formación y perfeccionamiento por lo que en esencia, esas medidas pueden considerarse como un elemento de protección social del profesorado universitario.

En efecto, el artículo 8.1 del Real Decreto 898/1985 establece ciertas licencias a efectos de docencia o de investigación, conocidas como licencias por estudios que, en la línea de los permisos por exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud reconocidos a todos los empleados públicos en el artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), actúan ahora como norma especial en el ámbito de la docencia universitaria (17). Además, para el caso de profesores que al menos durante dieciocho meses hubieren permanecido ausentes de la docencia o la investigación por causa de enfermedad, accidente, comisión de servicios para entidad no académica o en situación de servicios especiales; se reconoce el derecho a disfrutar de una licencia para dedicarse a tareas de perfeccionamiento docentes e investigadoras, por un tiempo no superior a tres meses (artículo 8.2).

El propio precepto se encarga de reconocer, con carácter básico y en función de la duración de la licencia (inferior a tres meses o a un año, o supe-

(17) El artículo 8.1 del Real Decreto 898/1985 establece que las Universidades podrán conceder licencias por estudios a sus profesores para realizar actividades docentes o investigadoras vinculadas a una Universidad, institución o centro, nacional o extranjero, de acuerdo con los requisitos y con la duración establecidos en sus Estatutos, en el marco de las disponibilidades presupuestarias.

rior a un año o sucesivas que sumadas durante los cinco últimos años superen dicho período), el derecho a las retribuciones que en cada caso generará la correspondiente licencia por estudios; dejando que las Universidades, en uso de su autonomía, puedan concretar tales retribuciones.

En este sentido, por ejemplo, el *II Convenio Colectivo del PDI laboral de la Universidad de Castilla-La Mancha* establece que las licencias de estudios inferiores a 3 meses generarán la totalidad de retribuciones; las superiores a dicho período, el 80% de la correspondiente retribución; las licencias superiores a 1 año o las sucesivas que sumadas a los últimos 5 años superen dicho período no darán lugar al reconocimiento de retribución alguna, sin tener en cuenta en este cómputo las licencias que no excedan de 2 meses. Cuando las licencias sean de 1 año, se deberán realizar en semestres de 2 cursos académicos distintos. Para el caso de licencia no superior a 3 meses, si el profesor hubiere estado ausente de la docencia e investigación durante 18 meses por causa de enfermedad, accidente, comisión de servicio para entidad no académica o en servicios especiales, se tendrá derecho a la totalidad de sus retribuciones (18).

Otras muchas Universidades contemplan regulaciones semejantes que, en lo que ahora interesa, garantizan una cierta protección social al PDI encaminada a mejorar las funciones docentes e investigadoras que le son propias (19).

Pero junto a esta tipología general de licencia, se contemplan también las licencias por año sabático, que el Real decreto 898/1985 reconoce sólo a favor del personal docente e investigador Doctor a tiempo completo —por tanto se excluyen de inicio los profesores ayudantes y los asociados, por ejemplo—, que podrán disfrutarse por período de un curso académico o de un semestre del curso académico, según los términos de la correspondiente convocatoria.

Los Estatutos de las Universidades suelen recoger expresamente este tipo de licencias remitiéndose a lo que dispongan los correspondientes Reglamentos internos y a la convocatoria que en su caso se efectúe, y por tanto la variedad de regulación es amplia.

Por ejemplo, los Estatutos de la Universidad de Málaga establecen en su artículo 91 que el personal docente e investigador, con dedicación ininterrumpida a tiempo completo, tendrá derecho a un año sabático por cada siete

(18) Resolución de 15 de octubre de 2009, de la Dirección General de Trabajo e Inmigración, por la que se acuerda la inscripción y se dispone la publicación del *II Convenio Colectivo para el Personal Laboral Docente e Investigador de la Universidad de Castilla-La Mancha* (Diario oficial de Castilla La Mancha de 26 de octubre de 2009).

(19) Por ejemplo, la normativa sobre Licencias por estudios e investigación, aprobada por el Consejo de Gobierno de la Universitat de Alacant, con fecha 29 de mayo de 2012 (Boletín Oficial de la Universitat de 4 de junio de 2012).

años de servicio, con exención de tareas docentes, para realizar trabajos de investigación o docencia en alguna otra Universidad, centro o institución nacional o extranjera (20).

También los Estatutos de la Universitat de València reconocen este tipo de licencias, cuya regulación se desarrolla en el Reglamento de permisos, licencias, vacaciones y situaciones administrativas de dicha Universidad, aprobado por el citado Acuerdo del Consejo de Gobierno 21/2003, de 4 de marzo, en la redacción dada por el Acuerdo 257/2011, de 29 de noviembre.

En concreto, el artículo 5 de dicha disposición contempla una convocatoria anual de estas licencias por año sabático, que serán retribuidas y se adjudicarán mediante concurso cuando el número de solicitudes sea superior al de licencias convocadas; en cuyo caso sólo se concederá una licencia anual por año sabático, o dos semestrales, por cada dieciocho profesores.

Con todo, dejando de lado la amplitud de regulaciones que la autonomía universitaria garantiza, lo importante a destacar desde la perspectiva de la protección social es que la concesión de esta licencia no incide en otros derechos sociales del PDI, pues además de conservar las retribuciones íntegras durante todo el tiempo de la licencia; el profesorado mantiene los derechos derivados de la situación de servicio activo, aunque cesará en el ejercicio de los cargos académicos unipersonales que pudiere ostentar y obviamente en el ejercicio de la función docente.

Por otra parte, también el PDI goza de algunos permisos vinculados a su formación, en correspondencia con los permisos que el EBEP reconoce a todos los empleados públicos, como por ejemplo los relativos al tiempo necesario para la realización de exámenes y pruebas.

Además, las Universidades suelen completar este régimen general por la vía reglamentaria o negocial, reconociendo al PDI funcionario y laboral estable el derecho a permisos para la asistencia a congresos, cursos, cursillos, seminarios, simposiums, encuentros, certámenes, coloquios, conferencias, reuniones, jornadas y demás eventos colectivos de carácter científico, técnico o profesional.

B) La movilidad del PDI por cambio de puesto de trabajo

También para el fomento de la formación de todo el PDI (funcionario y laboral) el artículo 5.5 del Real Decreto 898/1985, sobre régimen del pro-

(20) Véanse los Estatutos de la Universidad de Málaga aprobados por Decreto 145/2003, de 3 de junio, de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, que alude a licencias cada siete años para reconocer la posibilidad de licencias sabáticas para el profesorado universitario.

fesorado universitario, permite que las Universidades autoricen el desarrollo de su actividad en instituciones docentes o investigadoras con las que tengan establecidos convenios de colaboración.

Dicha autorización podrá obtenerse por períodos definidos de tiempo, previa aprobación por los órganos de Gobierno correspondientes y en los términos que establezca el convenio. Igualmente, las Universidades podrán acoger a los investigadores/profesores de las otras instituciones en los mismos términos y condiciones.

Es pues, el convenio entre instituciones un presupuesto para la movilidad de los profesores universitarios con el fin de garantizar su formación o perfeccionamiento, y ofrecer así un ámbito de protección social que refuerza la prestación del servicio universitario. Corresponde a la Universidad determinar el interés y alcance de estos convenios.

No obstante, la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior y las herramientas que a tal fin se han introducido en la LOU y en el Derecho comunitario, han extendido la movilidad en el ámbito de la Unión europea a través de distintos programas, algunos de los cuales están muy consolidados como por ejemplo el Programa Erasmus-PDI, creado por la Decisión nº 1720/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un Programa de Aprendizaje Permanente (PAP) para financiar, entre otras medidas, programas de intercambio, cooperación y movilidad en los sistemas de educación y formación en la Unión Europea.

C) La formación universitaria vinculada al desarrollo de la carrera docente del PDI

Otra de las medidas de protección social relativa a la formación del PDI es la que permite el desarrollo de la carrera docente, de acuerdo con las distintas tipologías del PDI.

En síntesis, se trata de facilitar a estas tipologías de PDI la obtención de los títulos universitarios oficiales que, no siéndoles exigidos para el acceso a los cuerpos de la función pública universitaria, les permita el desarrollo y promoción de su carrera docente (21).

El artículo 12 del Real Decreto 898/1985 prohíbe, con carácter general, que los profesores universitarios se matriculen como alumnos en cualquiera

(21) A juicio de DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel (1993): pp. 187, no existe un concepto jurídico de carrera docente, de la misma manera que tampoco hay elementos secuencializados de los diferentes pasos que permita la promoción profesional del profesorado, de acuerdo con la Ley de Reforma Universitaria de 1983. Véase también DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel (1995): pp. 443-449 y ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2001): pp. 15-21.

de los centros donde impartan docencia aunque no obstante —y esto es lo importante— los profesores pertenecientes al extinto Cuerpo de Profesores Titulares de Escuelas universitarias (TEU), previa autorización expresa del Rector podrán matricularse en los cursos de Licenciatura cuando posean únicamente el Título de Diplomado; y lo mismo se admite para la matriculación en los Programas de doctorado, cuando sean Licenciados y con el fin de obtener el Título de Doctor.

En iguales términos se pronuncia el artículo 25 del Real Decreto 898/1985, en relación con los profesores asociados y visitantes, que no pertenecen a los cuerpos de la función pública docente.

D) Las ayudas económicas para la formación e investigación del PDI

Como complemento a las medidas anteriores, las Universidades suelen conceder ayudas económicas al PDI para la realización de las actividades de formación, sin las cuales perderían efectividad.

Nuevamente, es la autonomía universitaria en su manifestación presupuestaria la que permite reconocer este tipo de ayudas a la investigación aunque en otros casos, dichas ayudas responden al citado Programa europeo Erasmus-PDI o a otras fuentes de financiación, públicas o privadas (22).

E) La situación administrativa de comisión de servicios

La garantía de la formación del PDI también requiere regularizar su vínculo jurídico con la Universidad, para lo cual se han de reconocer las oportunas situaciones administrativas, que amparen la modificación en la relación de servicio en la correspondiente Universidad.

En este caso, la situación administrativa reconocida a los profesores universitarios que pertenecen a los cuerpos de la función pública docente es la comisión de servicios, de acuerdo con el artículo 6 del Real Decreto 898/1985, sobre régimen del profesorado universitario, por el que se prevé una especialidad para esta situación administrativa, al disponer que a petición de una Universidad u organismo público, los Rectores podrán conceder comisiones de servicio al profesorado por un curso académico, renovable conforme a lo dispuesto en las normas estatutarias de la respectiva Universidad. La retribu-

(22) En aplicación del citado Programa Erasmus, por ejemplo, se ha publicado el Acuerdo del Rectorado de la Universidad de Málaga de 20 de noviembre de 2012, por el que se convocan ayudas de movilidad de formación para PDI durante el curso 2012-2013, con arreglo a las previsiones del Programa Erasmus.

ción de los profesores correrá siempre a cargo de la Universidad u organismo público receptor.

Ciertamente se trata de un reconocimiento limitado a los profesores que ostentan la condición de funcionarios de los correspondientes cuerpos docentes, aunque la aplicación a los profesores con contrato laboral indefinido podría encontrar acomodo a través de la suscripción del oportuno convenio entre la Universidad y el centro en que el PDI laboral desarrollará su formación. Es obvio que dicha situación no puede reconocerse unilateralmente por parte de la Universidad de origen, atendida la naturaleza jurídica de la relación laboral que une al PDI con esa concreta Universidad; lo cual es una diferencia con el PDI funcionario, cuya pertenencia a cuerpos estatales de carácter interuniversitario o comunicable admite la situación administrativa de comisión de servicios (STC 26/1987, 146/1989 y 235/1991) (23).

3. La protección social vinculada al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres

En este apartado nos referimos a los instrumentos que, más allá de las disposiciones generales en materia de igualdad entre hombres y mujeres, son de especial incidencia en la protección social del PDI. En esta dirección, la previsión de ciertas estructuras orgánicas creadas en el seno de las Universidades y la adopción de otras medidas de promoción, son dos ámbitos a destacar.

A) Los instrumentos de naturaleza orgánica

La creación de estructuras orgánicas para la protección del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres se reconoce, con carácter general, en el artículo 77 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), por relación a la creación de Unidades de Igualdad, Observatorios y otras estructuras orgánicas destinadas al mismo fin.

En el ámbito de la Universidad, la Disposición Adicional duodécima de la LOU concreta este mandato general al exigir a todas las Universidades la creación de una estructura orgánica, concebida en la Ley como *Unidades de Igualdad*, para el desarrollo de las funciones relacionadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres.

(23) La STC 26/1987 afirma el carácter de funcionarios interuniversitarios o comunicables de los miembros de los cuerpos docentes universitarios por ser inherente la existencia de un régimen uniforme de acceso y selección del profesorado en todas las Universidades.

Más tarde, la STC 146/1989 reiteró la anterior doctrina en relación a la provisión de plazas de los cuerpos docentes universitarios.

Hoy, todas las Universidades públicas españolas cuentan con una *Unidad de Igualdad*, que se rige por los correspondientes Estatutos.

Pero además, en uso de su autonomía, distintas Universidades han previsto otras estructuras orgánicas encaminadas a promover la igualdad entre hombres y mujeres. Es el caso, por ejemplo, de la Universidad Autónoma de Madrid, que ya en 1993 constituyó el *Instituto Universitario de Estudios de la Mujer* (IUEM) y más tarde, en 2007, el *Observatorio de Género*.

También cuentan con un *Observatorio para la Igualdad de Género* la Universidad de Zaragoza; la *Universitat Autònoma de Barcelona* y la *Universitat Rovira i Virgili de Tarragona*, por ejemplo.

Otras Universidades han desarrollado estructuras orgánicas de más amplia composición como la *Oficina para la Igualdad* de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla; la *Comissió per a la igualtat de gènere* de la *Universitat de Barcelona*; o el *Centre d'Igualtat d'oportunitats i promoció de les dones* de la *Universitat de Lleida*.

Mayor trascendencia tiene la creación de la *Red de Unidades de Igualdad de Género para la Excelencia Universitaria* (RUIGEU), que reúne todas las unidades, oficinas, observatorios, comisiones, secretariados de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de las Universidades españolas que voluntariamente se han adherido a la Red.

En definitiva, las previsiones orgánicas son determinantes para garantizar la implantación de otras medidas garantes de la igualdad, que seguidamente analizamos.

B) Los Planes de igualdad y otras medidas encaminadas a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres

Las Universidades, en su consideración de Administraciones públicas están obligadas a respetar la igualdad entre hombres y mujeres mediante la implantación de un Plan de igualdad, que es una de las medidas más importantes de las que prevé la Ley Orgánica 3/2007.

En efecto, la obligación de negociar el Plan de igualdad es clara, de acuerdo con la Disposición Adicional octava del EBEP, por referencia a todas las Administraciones y lo único que singulariza a las Universidades es su concreto ámbito de aplicación a la comunidad educativa y, en lo que ahora interesa, la necesidad de negociación con todos los colectivos afectados (24).

(24) FABREGAT MONFORT, Gemma (2013): pp. 133-134, sostiene la adecuación de negociación conjunta de los Planes de Igualdad para los colectivos de funcionarios y laborales en el seno de las Mesas Generales de Negociación.

También garantizan el derecho a la igualdad las disposiciones encaminadas a lograr la paridad entre hombres y mujeres en los distintos órganos y estructuras de la Universidad.

En este ámbito, el artículo 13 de la LOU remite a los Estatutos de las Universidades la determinación de las normas electorales aplicables a los órganos de gobierno y representación de las Universidades públicas, con la previsión de que deberán propiciar la presencia equilibrada entre mujeres y hombres en los órganos colegiados.

Este mismo fin se encuentra en el artículo 41.1 de la LOU, al establecer que la investigación de calidad y la gestión eficaz de la transferencia de conocimiento y tecnología deberán garantizar el fomento y la consecución de la igualdad.

Y en esta dirección, por ejemplo, puede destacarse la elaboración de una *Guía del lenguaje no sexista* realizada por la Oficina de Igualdad de la UNED; o de la *Guía de tratamiento no sexista de la información y la comunicación*, elaborada por la Universidad Jaume I de Castellón.

También la RUIGEU ha creado una revista digital —«Con la A»— en que se publican artículos científicos elaborados desde un tratamiento no sexista de la información que fomente la paridad; lo cual abunda en la consecución de la igualdad como una manifestación más de la protección social del PDI.

4. La protección social por motivo de la conciliación de la vida personal y familiar

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y en su desarrollo, la Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos, han introducido ciertos instrumentos de protección social que son de aplicación a todo el PDI en su condición de trabajadores o empleados (25).

No obstante, más allá de estas disposiciones de general aplicación y aunque la autonomía universitaria permite otras opciones, las Universidades han escogido el acuerdo social para reconocer un conjunto de medidas enca-

(25) Véase la Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos (BOE de 16 de diciembre de 2005).

minadas a facilitar la conciliación de la vida personal y familiar de su personal docente, aunque en algunos casos se extiende al personal no docente (26).

Estas medidas, que pueden ser de distinto alcance, se articulan a través de los denominados *Plan Concilia*, y se proyectan sobre ámbitos tales como el horario flexible o los permisos y licencias que, aun respetando lo que se ha dicho en los apartados anteriores, permiten su concreción de acuerdo con la finalidad de conciliar la vida personal y familiar con la profesional al servicio de la Universidad.

Dos ejemplos muy tempranos de este instrumento no sirven para mostrar el alcance del acuerdo social en este ámbito. Nos referimos al *Plan Concilia* de la Universidad de Cantabria, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 7 de junio de 2007; y al *Plan Concilia* de la Universidad de Zaragoza, aprobado en sesión del Consejo de Gobierno de 22 de noviembre de 2006, sin perjuicio de otros muchos más recientes (27).

A) El horario flexible y la adaptación de la jornada

Para la conciliación de la vida laboral y personal, el PDI puede tener un horario flexible, que se calculará sobre la jornada docente del profesor, entendida como el horario fijo de la jornada, en la forma que se ha dicho en los apartados anteriores.

A tal efecto, es imprescindible conocer las disposiciones del plan de ordenación docente (POD) que la Universidad ha dispuesto para el curso académico en que se solicite la flexibilidad horaria.

Ciertamente, atendiendo a las peculiaridades del sistema para la concreción del horario del PDI, la aplicación del horario flexible resulta compleja en la medida en que responde a la oferta académica de cada Universidad, que es cambiante. No obstante, lo que nos parece importante, desde la perspectiva de la protección social del profesorado es que se garantice al PDI la opción de disfrutar de un horario flexible.

Por otra parte, también la posibilidad de adaptación de la jornada laboral es un instrumento adecuado para la conciliación de la vida laboral y

(26) La extensión al personal no docente debe adaptarse a las previsiones del Real Decreto Legislativo 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad; y a la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, en lo que sea de aplicación.

(27) En la actualidad, la mayoría de Universidades tiene su correspondiente Plan. Véanse entre otros, el Plan Concilia del PDI de la Universidad de Murcia, aprobado por Acuerdo de 19 de junio de 2006, entre la Gerencia y las organizaciones sindicales CC.OO., CSI.CSIF y FETE-UGT; o el Plan Concilia de la Universitat Politècnica de València, aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión de 18 de mayo de 2010.

familiar. Así, por ejemplo, el *Plan Concilia* de la Universidad de Zaragoza reconoce que la reducción de la jornada constituye un derecho individual de todo empleado público; aunque contempla situaciones concretas como por ejemplo la reducción de jornada por razones de guarda legal de un menor de doce años o de un anciano, discapacitado físico, psíquico o sensorial o de un familiar hasta el segundo grado. También cabe la reducción de jornada por razones de enfermedad muy grave de familiares de primer grado y por razón de violencia de género (28).

B) Las vacaciones

Como se ha dicho en los apartados anteriores, con objeto de promover la conciliación de vida laboral y familiar es posible autorizar el disfrute de las vacaciones en períodos distintos del mes de agosto —que es la regla general en el ámbito de la Universidad, de acuerdo con el calendario lectivo—, siempre que estén cubiertas las necesidades del servicio.

C) Los permisos por razón de la conciliación

El reconocimiento de permisos en favor del PDI por razón de la conciliación de la vida laboral y personal comprende las ausencias retribuidas, que son aquellas en que se solicita permiso para abandonar el puesto de trabajo por un período de tiempo inferior a la jornada completa, siempre que la ausencia afectase a la impartición de la docencia de los estudiantes de acuerdo con el plan de ordenación docente (POD); en cuyo caso deberá justificarse la necesidad de su realización en el horario en que estuvieran previstas dichas actividades docentes.

En uso de su autonomía, las Universidades han concretado las causas que justifican este tipo de permisos, Así, por ejemplo, el *Plan Concilia* de la Universidad de Zaragoza prevé el permiso para acompañar al médico a hijos y parientes de primer grado; para cumplir un deber inexcusable de carácter público, personal o familiar; para asistir a reuniones de coordinación en los centros de educación especial; para recibir atención médica general o sometimiento a técnicas de fecundación asistida; para asistir a las clases de preparación al parto y realización de exámenes prenatales; y por hospitalización de hijos prematuros.

(28) También el citado Plan Concilia de la Universitat Politècnica de València aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión de 18 de mayo de 2010, contempla la posibilidad de reducir la jornada, con disminución proporcional de la retribución, para el caso de guarda legal de un menor de 12 años, o por tener a cargo persona que necesite especial dedicación o que tenga una discapacidad superior al 33%.

Pero junto a las ausencias retribuidas, el PDI goza asimismo de los permisos y licencias que por razón de conciliación se reconocen a todos los empleados públicos; aunque las Universidades pueden mejorar estas previsiones a través de la negociación colectiva o de la potestad de autonormación.

Siguiendo con el ejemplo que hemos tomado como referencia, el *Plan Concilia* de la Universidad de Zaragoza recoge los permisos retribuidos por maternidad, que pueden disfrutarse a tiempo completo o parcial; por lactancia; para desplazamiento previo por adopción internacional; por paternidad; por adopción o acogimiento; por interrupción del embarazo con distinción entre el caso de no supervivencia del recién nacido o aborto de un feto viable y el caso de interrupción del embarazo sin Incapacidad Transitoria; por fallecimiento o enfermedad grave de familiares hasta primer grado y hermanos o de familiares hasta segundo grado.

D) La situación administrativa de Excedencia

La conciliación de la vida familiar y laboral también se articula a través del reconocimiento de la situación administrativa de excedencia en favor del PDI. De nuevo, la modificación de la relación laboral con la Universidad encuentra acomodo a través del reconocimiento de situaciones administrativas aunque en este caso, y al contrario que la situación de servicios especiales, la excedencia puede reconocerse no sólo al PDI funcionario sino también al laboral, pues en ambos casos sólo se ve afectada la Universidad en que se presta el servicio docente.

Las fuentes para la adopción de esta medida pueden ser de variada naturaleza, y se admite tanto la potestad normativa de la Universidad como su capacidad de negociación colectiva.

Así, por ejemplo, el *Plan Concilia* de la Universidad de Zaragoza reconoce la situación de excedencia por cuidado de hijos y familiares; la excedencia voluntaria por agrupación familiar y la excedencia por violencia de género, en mejores condiciones que la regulación básica contemplada en el EBEP para todos los empleados públicos.

E) La movilidad del PDI para garantizar la conciliación

Por último, con motivo de garantizar la conciliación entre la vida laboral y profesional, las Universidades reconocen la movilidad del PDI a través del cambio de puesto de trabajo.

Es el caso del citado *Plan Concilia* de la Universidad de Zaragoza, que concreta la movilidad mediante el cambio de puesto de trabajo —sea por violencia de género o para la protección a la salud— y el traslado de

la empleada pública por protección a la maternidad o por motivos de salud propios, del cónyuge o de los hijos.

No obstante, dadas las singularidades del PDI, que se ordena en cuerpos de la función pública o en personal laboral adscrito a distintas áreas de conocimiento, estas garantías pueden ser de difícil aplicación en la medida en que debe haber una vacante que pueda proveerse por el profesor del área correspondiente. En estos casos, la autonomía universitaria, a través de su potestad de autoorganización, debe desplegar todo su ingenio en la creación de estructuras capaces de garantizar este tipo de movilidad para el PDI.

5. La protección social por razón de la violencia de género

Algunas de las medidas para la protección social por razón de la violencia de género previstas para el PDI se engloban en otros ámbitos de protección, a los que hemos hecho referencia a lo largo de la exposición.

No obstante, en este apartado sistematizamos todas estas medidas para su mejor comprensión, por referencia a la concesión de permisos; a la movilidad por cambio de puesto de trabajo y al derecho preferente; a la situación administrativa de excedencia y a la aprobación de programas específicos y protocolos de actuación por razón de la violencia de género.

A) La concesión de permisos

En su condición de empleadas públicas, las profesoras de Universidad gozan de los permisos que con carácter general se prevén para este tipo de trabajadoras en el caso de violencia de género, en los términos reconocidos en el artículo 49 del EBEP (29).

No obstante, como se ha dicho, la autonomía universitaria permite ampliar estos permisos; y así se reconoce en algunas disposiciones universitarias a las que nos hemos referido en el apartado relativo a la conciliación de la vida personal y familiar, que permiten justificar ausencias y faltas de puntualidad, además de permisos específicos por razón de la violencia de género.

B) La movilidad por cambio del puesto de trabajo y los derechos preferentes

También la situación de violencia de género otorga cierta protección social al PDI, por ejemplo, en el marco de los Acuerdos que puedan suscribirse por las Universidades.

(29) Con mayor detalle, BELANDO GARÍN, Beatriz (2008).

Es el caso contemplado en el *Plan Concilia* de la Universidad de Zaragoza, por referencia al cambio de puesto de trabajo por violencia de género como una forma de movilidad geográfica de las empleadas públicas; lo cual se mejora permitiendo a la empleada hacer uso del derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo en diferente unidad administrativa, en la misma o distinta localidad, siempre que sea de la misma categoría o nivel profesional, en los casos en que así los determine el órgano judicial correspondiente por ostentar la condición de víctima de violencia de género.

En todo caso, el puesto de trabajo al que opte tendrá carácter provisional, pudiendo la trabajadora volver al puesto de origen reservado o bien ejercer el derecho preferente hacia su puesto provisional.

Al igual que hemos dicho en el apartado anterior, estas previsiones son de difícil encaje para el PDI en la medida en que el puesto de trabajo responde a distintas áreas de conocimiento.

C) La situación administrativa de Excedencia

El Estatuto Básico de Empleado Público ha introducido para todas las empleadas públicas la posibilidad de obtener una excedencia por razón de violencia de género, aunque ya el artículo 29.8 de la Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres reconocía el derecho a una excedencia por razón de violencia de género de la mujer, limitado entonces a la mujer funcionaria.

No obstante, es el acuerdo social el que ha facilitado en mayor medida el reconocimiento de situaciones administrativas del PDI. De nuevo, el Plan Concilia se ofrece como un instrumento muy adecuado para la protección social que, por ejemplo, en el caso de la Universidad de Cantabria permite reconocer esta situación administrativa sin necesidad de haber prestado un tiempo de servicios previos y sin que resulte de aplicación ningún plazo de permanencia en la misma. Además, durante los seis primeros meses, la profesora tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñara, siendo computable dicho período a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos. Durante los dos primeros meses de esta excedencia se percibirán las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

D) Los Programas específicos y los Protocolos de actuación

La LOU, en su Disposición Adicional cuarta prevé la coordinación entre las Universidades y las Administraciones competentes para establecer Programas Específicos destinados a las víctimas de violencia de género, entre otras situaciones de riesgo como pueden ser el terrorismo o la discapacidad.

Con ello se pretenden desarrollar medidas encaminadas a garantizar que las víctimas puedan recibir ayuda personalizada y las adaptaciones necesarias en el régimen docente, a través de la coordinación interadministrativa.

En verdad, esta disposición de la Ley es una especialidad que se proclama para el ámbito universitario, a modo de concreción de las previsiones que con carácter general recogen el artículo 62 y la Disposición final sexta de la citada Ley 3/2007, por referencia al compromiso que deben asumir las Administraciones Públicas de negociar con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

En esencia, y sin perjuicio de la coordinación interadministrativa que permitiría extender los protocolos y demás programas aprobados por la Administración competente a las Universidades; la autonomía universitaria facilita la concreción de esta tarea en cada una de ellas.

Este es el caso, por ejemplo, del Protocolo para la Prevención y Protección frente al acoso sexual y al acoso sexista en la Universidad de Cádiz, aprobado en sesión del Consejo de Gobierno de 22 de junio de 2011.

No obstante, también el acuerdo social es cauce adecuado para este fin; y así se ha reconocido a través de los correspondientes *Plan Concilia* que, en algunos casos, incorporan en su seno el correspondiente Protocolo (30). En otras ocasiones, el Protocolo forma parte de los correspondientes Planes de Igualdad, como es el caso de la Universidad del País Vasco (31).

Lo que con todo esto se evidencia es la versatilidad de la autonomía universitaria en la elección de la fuente normativa que permitirá la adopción de las correspondientes medidas.

6. La protección social en el ámbito de las prestaciones sociales

De acuerdo con la sistemática de nuestra exposición, bajo el epígrafe relativo a las prestaciones sociales incluimos las medidas de asistencia a la salud laboral o de protección vinculadas a la seguridad social, deteniendo la atención únicamente en las singularidades de interés para la exposición.

(30) Véanse, por ejemplo, los citados Plan Concilia de las Universidades de Cantabria y de Zaragoza, entre otros.

(31) Véase el punto 3.3. del *I Plan de Igualdad de Mujeres y Hombres de la UPV/EHU* (2010/13).

A) El régimen de Seguridad Social

La protección social que ofrece el sistema de seguridad social responde a las distintas relaciones del PDI, en función de su pertenencia a los cuerpos de la función pública universitaria o a su relación contractual de naturaleza laboral.

La extensión y particularidades de este régimen exceden de nuestras pretensiones, por lo que únicamente queremos resaltar la trascendencia que para el PDI tienen las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de enero, que prevé la integración en el régimen general de seguridad social de todos los empleados públicos de nuevo ingreso con independencia de su carácter de funcionario o personal laboral, a partir del 1 de enero de 2011 (32).

En efecto, la inclusión obligatoria de todo el PDI en el Régimen General de la Seguridad Social puede afectar muy directamente a quienes accedan a la condición de funcionario, en la medida en que les serán de aplicación las condiciones de protección en materia de Incapacidad Temporal, maternidad, paternidad y jubilación propias de este régimen general, lo cual puede tener importantes consecuencias.

En primer lugar, se produce una dualidad de regímenes de protección social para personas de un mismo cuerpo docente de la función pública; que se suma a la dualidad entre profesores funcionarios y con contrato laboral que caracteriza a los docentes universitarios.

Pero lo que parece más importante es que este nuevo sistema incrementará los costes de Seguridad Social con cargo a los presupuestos de la correspondiente Universidad, que hasta el momento eran asumidos por la Administración del Estado cuando se trataba de profesores pertenecientes a los cuerpos de la función pública; y ello puede suponer una precarización laboral del PDI, que verá afectado el derecho a la carrera docente porque desde un enfoque puramente económico, poco incentivo pueden tener ahora las Universidades en la contratación de profesores funcionarios o en la promoción de los profesores en régimen laboral hacia las figuras propias de la función pública docente, si han de asumir un mayor coste en concepto de Seguridad Social del PDI.

B) Las medidas de asistencia social

La adopción de medidas de asistencia social en favor del PDI muestra el alcance de la autonomía universitaria en todo su esplendor, al dar entrada a

(32) Con más detalle, véase MAGALLÓN ORTÍN, Moisés (2013): pp. 213-234; y PÉREZ ALONSO, M^o Antonia (2013): pp. 235-278.

un amplio abanico de medidas de asistencia o ayuda social para todo el PDI, funcionario y laboral.

Estas medidas pueden ser muy variadas y comprenden aspectos tales como anticipos, ayudas económicas para la formación, para material de apoyo docente o para tratamientos médicos.

La propia finalidad justifica que estas medidas atiendan no sólo a las situaciones personales del PDI sino también de sus hijos o familiares, cuando se den las circunstancias de necesidad que en cada caso se determinen.

Así se reconoce, por ejemplo, en el Reglamento y Plan de Acción Social de la Universidad de Granada, aprobado por la Comisión de Acción Social con fecha 8 de marzo de 2004; y en la Resolución del Rectorado de la Universitat de València de 26 de junio de 2012, relativa a la asistencia social correspondiente al ejercicio 2009; en cuyo marco se conceden ayudas al PDI y su unidad familiar para la formación universitaria y no universitaria; para prótesis oculares, auditivas o cocleares; o para cirugía o tratamientos dentales, entre otras muchas situaciones de necesidad (33).

C) Las medidas de salud laboral

Desde la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y su desarrollo contenido en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; las Universidades deben garantizar la prevención y vigilancia de la salud de la comunidad universitaria.

De acuerdo con la citada Ley 31/1995, el objetivo de protección de la salud laboral se cumple con la creación de una estructura orgánica, los *Gabinetes de Salud*, a los que se encomiendan dos tareas fundamentales: la promoción de la seguridad y la salud de la comunidad universitaria mediante la aplicación de medidas; y el desarrollo de todo tipo de actividades preventivas de los riesgos derivados del trabajo, en este caso, del ejercicio de la docencia e investigación en el seno de la Universidad.

Así, en el área de Prevención de tales Gabinetes se asesora e informa a la comunidad universitaria; pero también se diseñan y coordinan planes y programas de actuación preventiva en que se evalúan los factores de riesgo derivados del trabajo del PDI.

(33) Otras muchas Universidades se pronuncian en igual sentido. Véase, por ejemplo, la Resolución rectoral de 22 de enero de 2014, por la que se publica la convocatoria de ayuda, asistencia y situación de especial dificultad a favor del personal de la Universidad de Sevilla.

Por su parte, el área de Medicina del Trabajo se ocupa de la vigilancia y control de la salud en el trabajo, de acuerdo con las exigencias contenidas en la citada Ley de Prevención de Riesgos Laborales (artículo 22) y en el Reglamento de los Servicios de Prevención (artículo 37).

En este ámbito, la norma legal fija ciertas exigencias para la protección de la salud laboral, de obligado cumplimiento, sin perjuicio de su mejora a través de la negociación colectiva o de la potestad reglamentaria atribuida como manifestación de la autonomía universitaria.

Por otra parte, también la discapacidad del PDI goza de un ámbito específico de protección social que no sólo se atiende desde la perspectiva de la asistencia social o ayuda laboral, sino también desde la propia prestación del servicio educativo a que nos hemos referido en el primer apartado, y que por ejemplo admite una reducción en la carga lectiva o ajustes en el modo en que se ofrece la docencia (material pedagógico específico, por ejemplo).

7. La protección social tras el cese de la relación de servicio

La contingencia de jubilación se encuentra sometida al régimen general del empleado público. No obstante, en ejercicio de la autonomía universitaria podemos identificar ciertos ámbitos con un régimen singular de protección social para el PDI.

Entre estas peculiaridades se encuentra la regulación de la jubilación y la posibilidad de ostentar la condición de profesor emérito; la suscripción de Planes de jubilación por parte de las Universidades, con objeto de realizar aportaciones en favor del PDI; y el reconocimiento de ciertos permisos vinculados a la edad de jubilación.

A) La jubilación y la condición de profesor emérito

La primera de las singularidades que podemos identificar afecta a la edad de jubilación del PDI.

Frente al régimen general, que tiene fijada la edad de jubilación forzosa en 70 años de edad, sin perjuicio de la aplicación transitoria de la nueva regulación estatal (34), el PDI puede jubilarse voluntariamente con carácter

(34) No obstante, véase la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, con las modificaciones introducidas por Real Decreto-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social y por Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

anticipado a los 65 años (Disposición Adicional vigésimo tercera de la LOU), aunque el cese de la relación laboral puede producirse a la finalización del curso académico en el que se hubiere cumplido la correspondiente edad, si así lo solicita el interesado.

Ahora bien, el artículo 54 Bis de la LOU permite que las Universidades, de acuerdo con sus Estatutos, puedan nombrar como profesores eméritos al profesorado jubilado que haya prestado servicios destacados a la Universidad.

Ciertamente, la prolongación de la docencia después de cumplir la edad de jubilación no puede calificarse de una situación de protección social en estrictos términos; aunque para valorar la medida debe atenderse al beneficio que estos profesores pueden aportar a la Universidad por sus méritos, historial académico y servicios. Precisamente por ello, la condición de profesor emérito lleva consigo un régimen especial, en el que se limita la carga docente y otras responsabilidades académicas (35).

Por otra parte, se ha resaltar que la LOU se refiere a profesorado sin distinción entre profesores funcionarios y en régimen laboral, por lo cual ha de admitirse igualmente la condición de profesor emérito al PDI laboral perteneciente a las categorías docentes estables (contratado Doctor y colaborador). Algunas Universidades así lo han reconocido expresamente a través de la negociación colectiva (36).

B) Las aportaciones a Planes para la contingencia de jubilación

También en el ámbito de la negociación colectiva, las Universidades pueden mejorar la protección social del PDI ante la contingencia de la jubilación a través de la suscripción de Planes de pensiones o contratos de seguro colectivos que permiten una mejor cobertura de la contingencia.

(35) En desarrollo del artículo 54 Bis de la LOU, véase el artículo 22 del Real Decreto 898/1985, en relación con el nombramiento de los profesores eméritos, que tendrá carácter honorífico y les permite realizar todo tipo de colaboraciones con la Universidad que los nombre, en la forma que establezcan sus Estatutos; así como tener obligaciones docentes y de permanencia diferentes a los regímenes de dedicación del resto del profesorado y, preferentemente, la impartición de seminarios y cursos monográficos y de especialización. No obstante, no podrán desempeñar ningún cargo académico universitario.

(36) Por ejemplo, véase el artículo 15 del I Convenio Colectivo del PDI contratado en régimen laboral de las Universidades públicas de Castilla y León, aprobado por Resolución de 22 de mayo de 2008, de la Dirección General de Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales, por la que se dispone la inscripción en el Registro Central de Convenios Colectivos de Trabajo, el Depósito y la publicación del I Convenio Colectivo del Personal Laboral Docente e Investigador de las Universidades Públicas de Castilla y León, con el Código 7800435 [BOCYL de 16 de junio de 2008].

No obstante, se trata de un ámbito que ha sufrido importantes modificaciones en el actual contexto de crisis económica, de acuerdo con el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, por el que se prohíbe a las Universidades realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de la jubilación (37).

C) Los permisos vinculados al momento de la jubilación

Otra de las medidas de protección social vinculadas a la contingencia de jubilación es el reconocimiento por parte de las Universidades, en el marco de la negociación colectiva, de ciertos permisos retribuidos para el PDI al que falte poco tiempo para su jubilación o que estén en procesos de recuperación por enfermedad.

8. La protección social de contenido económico

Junto al salario base, la existencia de ciertos complementos económicos previstos para el PDI puede considerarse como una medida de protección social de los profesores universitarios, sin perjuicio de su articulación técnica a través de la estructura salarial propia de todo empleado público (38).

En este sentido y como una manifestación más de la autonomía universitaria, la LOU prevé que las Comunidades Autónomas puedan establecer retribuciones adicionales para el profesorado, que serán concedidas por el Consejo Social a propuesta del Consejo de Gobierno de cada Universidad y dentro de los límites que para este fin establezcan las Comunidades Autónomas (artículos 55.2 y 69.3) (39).

(37) El Real Decreto-Ley 20/2011 es mucho más preciso al disponer que en el año 2012 no se incrementarán las cuantías de la masa salarial, en su caso, establecidas en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, sin perjuicio de las que correspondan conforme las previsiones establecidas en el precepto (artículos 2, 3 y 4).

(38) Sobre las peculiaridades del sistema retributivo de los profesores pertenecientes a los cuerpos de la función docente universitaria ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (1989): p. 466, sostiene que puede conducir a claras distorsiones que desnaturalicen la esencia de los conceptos retributivos correspondientes a los complementos de destino y específico.

(39) De acuerdo con el artículo 55.2 de la LOU, las Comunidades Autónomas podrán establecer retribuciones adicionales ligadas a méritos individuales por el ejercicio de las siguientes funciones: actividad y dedicación docente, formación docente, investigación, desarrollo tecnológico, transferencia de conocimientos y gestión. Dentro de los límites que para este fin fijen las Comunidades Autónomas, el Consejo Social, a propuesta del Consejo de Gobierno, podrá acordar la asignación singular e individual de dichos complementos retributivos. En la misma dirección, el artículo 69.3 de la LOU establece que las Comunidades Autónomas podrán, asimismo, establecer retribuciones adicionales ligadas a méritos individuales docentes,

Se trata de una competencia autonómica en desarrollo de la normativa estatal básica en materia retributiva en virtud de la cual las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo que las Universidades dispongan en uso de su autonomía, pueden mejorar las retribuciones del PDI ligadas a méritos individuales docentes, investigadores y de gestión.

Entre estas retribuciones se encuentran los complementos específicos vinculados a los méritos docentes (quinquenios) o a los méritos de investigación (sexenios) que, en esencia, tratan de reconocer las singularidades en la prestación del servicio de la educación superior, que comprende la docencia, la investigación y la gestión universitaria.

A) Los complementos por méritos docentes (quinquenios)

De acuerdo con el artículo 2.3 c) del Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario, el PDI funcionario podrá someter a evaluación ante el Rector de la Universidad la actividad docente realizada durante el período de cinco años.

La evaluación sólo podrá ser objeto de dos calificaciones, favorable o no favorable; y por cada tramo docente evaluado favorablemente se adquirirá y consolidará un componente por méritos docentes del complemento específico con una cuantía anual que dependerá del cuerpo de la función pública docente al que pertenezca.

No obstante, la mayoría de las Universidades han ampliado el ámbito subjetivo de este complemento específico al profesorado indefinido en régimen de Derecho laboral a tiempo completo, lo cual es una medida de protección social de amplio calado para el PDI (40).

Lo que el quinquenio reconoce a través del complemento salarial es la calidad de la docencia impartida por el PDI aunque sorprendentemente, también permite valorar la docencia impartida en otros cuerpos de la función pública

investigadores, de desarrollo tecnológico, de transferencia de conocimiento y de gestión por el ejercicio de las funciones a las que se refieren los artículos 33, 41.2 y 3. Dentro de los límites que para este fin fijen las Comunidades Autónomas, el Consejo Social, a propuesta del Consejo de Gobierno de la universidad, podrá acordar la asignación singular e individual de dichos complementos retributivos.

(40) Véase, por ejemplo, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de febrero de 2010, por el que se aprueba el Reglamento para el reconocimiento de complementos salariales al profesorado contratado doctor y colaborador de la Universitat de València por méritos docentes e investigadores (ACGUV 44/2010). Véase asimismo la Resolución de 2 de diciembre de 2002, de la Dirección General de Enseñanzas Universitarias, por la cual se publica el Acuerdo de la Comisión Valenciana de Acreditación y Evaluación de la Calidad del sistema universitario valenciano.

docente, muy concretamente, en los niveles de educación secundaria; para dar clara respuesta al PDI que con anterioridad impartió este tipo de enseñanza.

La valoración de estos méritos exige, además del período de cinco años, la implantación de mecanismos objetivos de acreditación de la calidad de la enseñanza, para cuyo fin, la ANECA ha elaborado el *Programa de Apoyo a la Evaluación de la Actividad Docente del Profesorado Universitario* (DOCENTIA), con el objeto de ayudar a las Universidades en el diseño de mecanismos propios para gestionar la calidad de la actividad docente del profesorado universitario y favorecer su desarrollo y reconocimiento (41).

La autonomía universitaria admite una pluralidad de sistemas de evaluación de la calidad cuya dificultad se encuentra, principalmente, en la fijación de criterios objetivos para la evaluación individual de los méritos docentes del profesor; uno de los cuales es la satisfacción del alumnado, que se ha de medir a través de sistemas que incorporen evaluadores externos, para garantizar la objetividad. Junto a este parámetro, se encuentran otros más objetivos, como el transcurso del período de cinco años o el cumplimiento de las obligaciones por parte del PDI.

B) Los complementos por méritos de investigación (sexenios)

También el Real Decreto 1086/89, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario contempla un complemento de productividad derivado de la evaluación de la actividad investigadora realizada cada seis años por el PDI; con el límite de que en ningún caso la cuantía del complemento podrá superar el número correspondiente a seis evaluaciones (42).

Se trata de un complemento establecido para los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios, aunque algunas Universidades lo han extendido a los profesores sujetos a Derecho laboral mediante contrato indefinido (43). Otras Universidades han ido más allá al extenderlo también al profesorado contratado no permanente e interino (44); lo cual es un elemento importante para la protección social del PDI laboral.

(41) Las indicaciones de la ANECA a través del Programa DOCENCIA pueden consultarse en la dirección electrónica de la Agencia.

(42) Sobre la complejidad del control jurídico de las decisiones adoptadas por la ANECA o la CNAI en materia de valoración de la investigación véase LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (2013): p. 32.

Véase también RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M^o (2012): pp. 225-252.

(43) Es el caso, por ejemplo, de la Universitat de València, cuyo Acuerdo del Consejo de Gobierno 44/2010, de 16 de febrero aprobó el Reglamento para el reconocimiento de complementos salariales al profesorado contratado doctor y colaborador.

(44) Es el caso de la Universidad de Oviedo, que mediante Acuerdo de colaboración entre la Universidad y la Agencia autonómica de evaluación de 10 de febrero de 2009 ha extendido el citado complemento autonómico a todo el personal laboral.

En todo caso, la evaluación de la actividad investigadora corresponde a la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI), que anualmente establece la oportuna convocatoria y los criterios específicos para cada uno de los campos de evaluación, de acuerdo con los cuales se reconocerán los correspondientes sexenios (45).

C) Los complementos por cargo académico

Otro tipo de complementos salariales propios del PDI son los devengados por el ejercicio de cargos académicos en el ámbito de la Universidad, que tiene su reconocimiento económico en función de las responsabilidades que se asuman (Rector, Decano, Director de Escuela, Director de Departamento...) en el seno de la correspondiente Universidad.

A tal fin, los Estatutos de la Universidad o el posterior desarrollo reglamentario establecerán cuáles son los cargos académicos que tienen asignado el correspondiente complemento, así como su cuantía, devengo y régimen de incompatibilidades.

En esencia, este complemento trata de reconocer la dedicación a la gestión universitaria, que es una tarea más del PDI de las Universidades, por lo que la compensación económica, como medida de protección social, se ha de valorar muy positivamente.

III. CONCLUSIONES

La autonomía universitaria ofrece amplias posibilidades para la protección social del PDI, atendidas las singularidades de la función docente e investigadora del profesorado al servicio de la Universidad pública.

Ciertamente, la pertenencia a los distintos cuerpos de la función pública universitaria ofrece un mayor ámbito de protección social que, no obstante, la autonomía universitaria se encarga de ampliar al personal sujeto a Derecho laboral.

La negociación colectiva se ha mostrado en este ámbito como herramienta basal aunque también las potestades normativa y de autoorganización de las Universidades permiten alcanzar cotas importantes en garantía de la protección social del profesorado.

La variedad de situaciones que se han mostrado a lo largo de la exposición es buen ejemplo del reconocimiento de la autonomía universitaria a cada una

(45) La última convocatoria se ha publicado mediante Resolución de 21 de noviembre de 2013, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, por la que se fija el procedimiento y plazo de presentación de solicitudes de evaluación de la actividad investigadora a la CNEAI (BOE de 2 de diciembre de 2013).

de las Universidades y nos ha permitido detectar ciertos ámbitos en los que el PDI está necesitado de protección social.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (1989), «El régimen retributivo del personal funcionario docente universitario: ámbito y extensión del complemento específico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 63, pp. 457-472.
- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2001), «El sistema de carrera administrativa: El llamado derecho al cargo», *Revista de estudios locales, CUNAL*, n° 49, pp. 15-21.
- BELANDO GARÍN, Beatriz (2008), «La violencia de género en el nuevo estatuto básico del empleado público», *La Ley*, 26 de febrero de 2008.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis (1977), «Libertad científica y organización universitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 13, pp. 211-217.
- CUETO PÉREZ, Miriam (2002), *Régimen jurídico de la investigación científica: la labor investigadora en la Universidad*, Editorial CEDECS.
- CUETO PÉREZ, Miriam (2003), «Régimen Jurídico de la Investigación en la Universidad: Novedades de la LOU», *Revista de Administración Pública*, n° 161, pp. 479-512.
- DE LA CRUZ AGUILAR, Emilio (1987), *Lecciones de Historia de las Universidades*, Civitas.
- DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel (1995), «La Función Pública docente universitaria: diferencias entre Catedráticos y Profesores Titulares», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 87, pp. 443-449.
- DEL VALLE PASCUAL Juan Manuel (1993), «El profesorado universitario y la carrera docente», *Actualidad Administrativa*, n° 12, pp. 183-191.
- DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel y CHAVES GARCÍA, José Ramón (1998), «Un enfoque jurídico sobre la investigación universitaria», *Actualidad Administrativa*, n° 56, pp. 945-975.
- DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel y GURREA CASAMAYOR, Fernando (2000), «La autonomía en el sistema educativo español», *Actualidad Administrativa*, n° 7, pp. 213-232.
- EMBIID IRUJO, Antonio (1993), «La autonomía universitaria: límites y posibilidades a través de la reciente jurisprudencia constitucional y ordinaria», *Autonomías: Revista Catalana de Derecho Público*, n° 17, pp. 9-28.
- FABREGAT MONFORT, Gemma (2013), «La implantación de los planes de igualdad en la Administración Pública», en PÉREZ ALONSO, M^o Antonia, BELANDO GARÍN,

- Beatriz y FABREGAT MONFORT, Gemma (Dir.), *Derecho del empleo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 125-149.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1982), *La autonomía universitaria. Ámbito y límites*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1988), «La Autonomía Universitaria», *Revista de Administración Pública*, n° 117, pp. 7-22.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (2013), «Reflexiones sobre la universidad, su crisis, la educación y la crisis económica», *Revista Catalana de Dret Públic*, n° 47, pp. 21-39.
- LINDE PANIAGUA, Enrique (1977), «La autonomía universitaria», *Revista de Administración Pública*, n° 84, pp. 355-370.
- MAGALLÓN ORTÍN, Moisés (2013), «Especialidades en la cotización de las Administraciones Públicas», en PÉREZ ALONSO, M^o Antonia, BELANDO GARÍN, Beatriz y FABREGAT MONFORT, Gemma (Dir.), *Derecho del empleo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 213-234.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2004), «Autonomía de los centros escolares y derecho a la educación en libertad», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n° 50, pp. 454-455.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M^o (2011), «Confluencia de normas y principios en el régimen jurídico del PDI funcionario y laboral», *Justicia Administrativa*, n° 51, pp. 7-34.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2004), «La evaluación de la actividad docente e investigadora del profesorado de las Universidades públicas», en esta REVISTA, n° 25, pp. 47-81.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2009), «Distribución de competencias y organización administrativa en materia de Universidades», en GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (Dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Universidades*, Madrid, Civitas.
- PÉREZ ALONSO, M^o Antonia (2013), «La protección del empedado público encuadrado en el régimen general de la seguridad social», en PÉREZ ALONSO, M^o Antonia, BELANDO GARÍN, Beatriz y FABREGAT MONFORT, Gemma (Dir.), *Derecho del empleo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 235-278.
- PÉREZ ALONSO, M^o Antonia, BELANDO GARÍN, Beatriz y FABREGAT MONFORT, Gemma (Dir.) (2013), *Derecho del empleo público*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (1989), «El sistema institucional de investigación científica y la Universidad. Una aproximación al modelo español», *Revista de Administración Pública*, n° 118, pp. 137-173.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M^o (2012), «Libertad de investigación científica y sexenios», *Revista Catalana de Dret Públic*, n° 44, pp. 225-252.

LA PROPIEDAD DE LAS LLAMADAS FINCAS DE REEMPLAZO VACANTES: EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL PATRIMONIO DE ARAGÓN, APROBADO POR DECRETO LEGISLATIVO 4/2013, DE 17 DE DICIEMBRE (*)

LUIS LATORRE VILA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.– II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES (Y LEGISLATIVOS) INVOCADOS POR EL ESTADO EN EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: 1. La STC 58/1982, de 27 de julio. 2. La STC 150/1998, de 2 de julio. 3. La STC 204/2004, de 18 de noviembre.– III. TÍTULOS COMPETENCIALES ALEGADOS POR EL ESTADO EN EL LITIGIO SUSCITADO: 1. Legislación civil. 2. Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. 3. Hacienda general.– IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL: 1. Concurrencia de competencias. 2. Criterios de delimitación seguidos por el Tribunal Constitucional.– V. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO.– VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Presidenta del Gobierno de la Nación en funciones contra la disposición adicional sexta del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, de 2013, (muy similar al promovido en 2011 contra la Ley del Patrimonio de Aragón), en el que se litiga acerca de si una Comunidad Autónoma con competencias en materia de legislación civil puede adquirir, por ministerio de la ley, la propiedad de las fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria, en lugar del Estado. Para ello se estudian diversos precedentes jurisprudenciales y legislativos, los títulos competenciales alegados en el proceso y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre delimitación de competencias en materia de legislación civil.

Palabras clave: bienes inmuebles vacantes; adquisición de su propiedad; competencias en materia de legislación civil.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de julio de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 12 de septiembre de 2014.

ABSTRACT: *This paper examines the appeal of unconstitutionality lodged by the President of the Government of the Nation in functions against the sixth additional disposition of the Text Consolidated from the Law of the Heritage of Aragón, of 2013, (very similar to the promoted in 2011 against the Law of Heritage of Aragón), in which litigates about if an Autonomous Community with competences in the field of civil law can acquire, by operation of law, the property of unknown farms of reparcelling processes, instead of the State. To this we study various jurisprudential and legislative precedents, competence titles alleged in the process and the doctrine of the Constitutional Court on delimitation of competences in the field of civil law.*

Key words: *real estate vacancies; acquisition of their property; competences in the field of civil law.*

I. INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Mediante el Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, el Gobierno de Aragón aprobó el Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón (en adelante TRLPA), publicado en el Boletín Oficial de Aragón núm. 255, de 31 de diciembre de ese mismo año. Con dicha norma, el Gobierno de Aragón daba cumplimiento a la habilitación contenida en la Ley 10/2012, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que le autorizaba para refundir la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón, y las normas legales que la habían modificado, comprendiendo esta facultad de refundición su sistematización, regularización, reenumeración, aclaración y armonización (1).

La disposición adicional sexta del nuevo TRLPA es una reproducción literal de la ya derogada disposición adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón. Su contenido es exactamente el mismo:

«Disposición adicional sexta. *Fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria.*

(1) Las otras normas legales objeto de la refundición, junto con la Ley 5/2011, de 10 de marzo, son las siguientes:

- Disposición final primera del Decreto-Ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del Sector Público Empresarial
- Ley 2/2012, de 23 de febrero, de modificación de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón
- Disposición final primera de la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial

Todas ellas han quedado derogadas expresamente por la disposición derogatoria única del Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre.

1. Las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria se incluirán también en el acta de reorganización de la concentración parcelaria, haciéndose constar aquella circunstancia y consignando, en su caso, las situaciones posesorias existentes. Tales fincas, sin embargo, no serán inscritas en el Registro de la Propiedad mientras no aparezca su dueño o fuese procedente inscribirlas a nombre de la Comunidad Autónoma.

2. El departamento competente en materia de concentración parcelaria está facultado, dentro de los cinco años siguientes a la fecha del acta, para reconocer el dominio de estas fincas a favor de quien lo acredite suficientemente y para ordenar en tal caso que se protocolicen las correspondientes rectificaciones del acta de reorganización, de las cuales el notario expedirá copia a efecto de su inscripción en el Registro de la Propiedad con sujeción al mismo régimen del acta.

3. Transcurridos los cinco años a que se refiere el apartado anterior, el departamento competente en materia de concentración parcelaria remitirá al que lo sea en materia de patrimonio agrario una relación de los bienes cuyo dueño no hubiese aparecido, con mención de las situaciones posesorias que figuren en el acta de reorganización.

4. Los bienes indicados en el apartado anterior se adscribirán al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma, previo el correspondiente procedimiento, en el que se dará publicidad a la correspondiente propuesta en el "Boletín Oficial de Aragón" y en el ayuntamiento en cuyo término municipal estén ubicadas las fincas.

5. El departamento competente en materia de concentración parcelaria queda facultado hasta que se produzca la atribución prevista en el apartado anterior para ceder el uso en precario al ayuntamiento que corresponda, a la entidad local menor o a la comunidad de regantes, el cultivo o el uso de las fincas sin dueño.»

El Presidente del Gobierno de la Nación había interpuesto el recurso de inconstitucionalidad número 6868-2011 contra la disposición adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón (2), al estimar que este precepto entraba en directa contradicción con el artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), alegándose por la representación estatal en el escrito de recurso de inconstitucionalidad la existencia de una frontal contradicción entre el precepto autonómico impugnado y el estatal de contraste en cuanto cada uno de ellos atribuye la titularidad de los mismos bienes a entidades territoriales distintas. Así, el artículo 17 LPAP dispone lo siguiente:

«Artículo 17. *Inmuebles vacantes.*

1. Pertencen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño.

(2) El citado recurso de inconstitucionalidad se interpone previo Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 1828/2011, de 17 de noviembre.

2. La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquélla a través de los trámites prevenidos en el párrafo d) del artículo 47 de esta ley.

3. La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero.

4. Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil.»

Consideraba la representación estatal en el recurso de inconstitucionalidad número 6868-2011 que la disposición adicional sexta de la LPA, frente a lo previsto en el artículo 17 LPAP, venía a atribuir a la Comunidad Autónoma de Aragón la propiedad de las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no sea conocido durante un proceso de concentración parcelaria, las llamadas fincas de reemplazo vacantes, desplazando de esta manera a la Administración General del Estado en la titularidad de tales bienes. Por ello, entendió el Gobierno de la Nación que Aragón se había extralimitado en el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de patrimonio y, por consiguiente, solicitaba del Tribunal Constitucional que declarase inconstitucional y nulo el precepto impugnado.

Estando el mencionado recurso de inconstitucionalidad número 6868-2011 pendiente aún de resolución por el Tribunal Constitucional, se produce la indicada modificación legislativa con la aprobación por el Gobierno de Aragón del TRLPA, mediante el Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre. Coherentemente con su pronunciamiento anterior, el Gobierno de la Nación decide asimismo interponer un recurso de inconstitucionalidad contra la nueva disposición adicional sexta del TRLPA; se trata del recurso de inconstitucionalidad número 2037-2014 (3).

Considera la Administración General del Estado que, examinada la competencia estatal para determinar la titularidad de los bienes inmuebles abandonados, cabe concluir en la inconstitucionalidad de la disposición adicional

(3) Erróneamente, en el encabezamiento y en el *petitum* del escrito de recurso, se indica que el objeto de la impugnación es la disposición adicional sexta del Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón. Sin embargo, esta norma se limita en su artículo único a la aprobación del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, constando además solo de una disposición adicional única, otra disposición derogatoria única y dos disposiciones finales.

sexta del TRLPA, puesto que supone la asunción de una competencia ajena, contradiciendo la normativa del Estado dictada en ejercicio de esa competencia; en concreto, cita la representación estatal el artículo 17 LPAP, y el artículo 205 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (LRYDA), aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero (4). En defensa de esta pretendida inconstitucionalidad, la Abogacía del Estado invoca determinados títulos competenciales y diversos antecedentes jurisprudenciales, que analizamos seguidamente.

II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES (Y LEGISLATIVOS) INVOCADOS POR EL ESTADO EN EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Tanto en los dos escritos de recurso de inconstitucionalidad presentados por la Abogacía del Estado contra la disposición adicional sexta de la norma aragonesa (núms. 2037-2014 y 6868-2011) como en los preceptivos Dictámenes emitidos al respecto por la Comisión Permanente del Consejo de Estado (núms. 258/2014 y 1828/2011, respectivamente), se invocan prácticamente los mismos antecedentes jurisprudenciales para intentar fundamentar la nulidad del precepto autonómico impugnado. Se trata, en concreto, de los siguientes:

a) Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1982, de 27 de julio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra determinados preceptos de la Ley de Cataluña 11/1981, de 7 de diciembre, que regula el Patrimonio de la Generalitat de Cataluña.

b) Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1998, de 2 de julio, recaída en el recurso de inconstitucionalidad promovido asimismo por el Estado contra algunos preceptos de la Ley de Castilla y León 14/1990, de 28 de noviembre, de Concentración Parcelaria.

c) Sentencia del Tribunal Constitucional 204/2004, de 18 de noviembre, que resuelve sendas cuestiones de inconstitucionalidad formuladas con relación al ya derogado artículo 29.2 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, y cuyo contenido viene a ser coincidente con el del vigente artículo 18.1 LPAP.

Sin embargo, cabe cuestionarse si estos antecedentes jurisprudenciales invocados por la representación estatal pueden, realmente, servir de base para fundamentar una declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicio-

(4) Al respecto, afirma la Abogacía del Estado en el escrito de recurso que la regulación contenida en la disposición adicional sexta del TRLPA es prácticamente idéntica a la recogida en el artículo 205 LRYDA, con la única diferencia de sustituir las menciones que ésta hace al Estado por referencias a la Comunidad Autónoma.

nal sexta del TRLPA. Además, las tres Leyes citadas sobre cuya constitucionalidad se ha pronunciado el Alto Tribunal fueron aprobadas muchos años antes de la entrada en vigor de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que es la principal norma de contraste con la disposición adicional sexta del TRLPA impugnada. Y, asimismo, dos de las tres Sentencias del Tribunal Constitucional invocadas por la representación estatal en el escrito del recurso son también anteriores al año 2003. Analizamos por ello, seguidamente, las tres Sentencias mencionadas.

1. La STC 58/1982, de 27 de julio

En primer lugar, alega la representación estatal la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 58/1982, de 27 de julio, que declaró inconstitucional y, por tanto, nulo el artículo 11 de la Ley 11/1981, de 7 de diciembre, de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña. Recordemos que en dicho proceso de inconstitucionalidad se cuestionaba la norma catalana al estimarse contraria a lo prescrito por los artículos 21 y 22 de la entonces vigente Ley del Patrimonio del Estado, de 1964 (5). El artículo 11 de la Ley catalana 11/1981 establecía lo siguiente:

«Artículo 11.

La Generalidad puede reivindicar, de acuerdo con las leyes, los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido por entidades o por particulares. En este supuesto corresponderá a la Generalidad la prueba de su derecho y los detentadores o poseedores no podrán ser inquietados en la posesión hasta que sean vencidos en juicio por sentencia firme.» (6)

(5) El Texto Articulado de la Ley de Patrimonio del Estado fue aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril. Tras casi cuarenta años de vigencia, esta Ley es derogada por la LPAP, en cuya Exposición de Motivos se afirma: «Factores destacados de esta evolución han sido, entre otros de menor importancia, la aprobación de la Constitución de 1978 que, por una parte, dedica un artículo específico, el 132, a los bienes públicos demandando leyes para regular “el Patrimonio del Estado” y “el régimen jurídico de los bienes de dominio público” y, por otra, articula territorialmente el Estado sobre la base de comunidades autónomas, competentes, cada una de ellas para regular su patrimonio propio».

(6) De un contenido similar al artículo 11 de la Ley catalana 11/1981 es el vigente artículo 15 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra, objeto también de impugnación por el Gobierno de la Nación ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de inconstitucionalidad número 572-2008, y que dispone lo siguiente:

«Artículo 15. *Inmuebles vacantes.*

Pertencen a la Comunidad Foral de Navarra, por ministerio de esta Ley Foral, los inmuebles situados en su territorio que carecieran de dueño.

No obstante, no se derivarán obligaciones o responsabilidades para la Administración de la Comunidad Foral de Navarra por razón de la propiedad, en tanto no se produzca la incorporación de los mismos a su Patrimonio previa instrucción de un expediente que se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Ley Foral».

En la invocación de la STC 58/1982, de 27 de julio, se destacan por la representación estatal, en concreto, las siguientes argumentaciones del Tribunal Constitucional (contenidas en su F.J. 3):

«(...) lo que en este punto hace la Ley catalana es subrogar al Patrimonio de la Generalidad en el lugar del Patrimonio del Estado, y para esto, como es evidente, carece la Generalidad de toda competencia. Una cosa es que la Generalidad disponga de la competencia suficiente para legislar, dentro de los límites que ya hemos señalado, sobre su propio Patrimonio, y otra bien distinta que, en ejercicio de esta competencia, modifique también la legislación vigente sobre el Patrimonio del Estado, determinando que para el futuro no se incorporarán a éste, sino al de la Generalidad, los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido por entidades o por particulares.

El derecho sobre los bienes ocupados o retenidos sin título válido es una derivación de la vieja regalía, como muy claramente se manifiesta en el Decreto de Carlos III de 27 de noviembre de 1785 (Novísima Recopilación, 10, 22,6) al referirse a "los bienes mostrencos, abintestatos y vacantes que pertenecen a mi Corona...". Con la objetivación del poder y la fusión de los derechos mayestáticos en la noción única del poder soberano, este derecho pasa al Estado, traslación que entre nosotros se opera de manera positiva mediante la Ley de 9 de mayo de 1835 (Colección Legislativa, tomo XX, p. 173). En cuanto que la titularidad de la soberanía corresponde al Estado en su conjunto y no a ninguna de sus instituciones en concreto, los bienes vacantes podrían en principio ser atribuidos a entes distintos de la Administración Central, pero sólo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes puede modificar la actual atribución.»

Es cuestionable, como se ha indicado, la aplicación de esta doctrina del Tribunal Constitucional para fundamentar la impugnación de la disposición adicional sexta del TRLPA, pues difícilmente puede servir como criterio de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas el origen histórico de la regla de atribución al Estado de los bienes mostrencos, abintestatos y vacantes. En la actualidad, transcurridos más de treinta y cinco años desde la aprobación de la Constitución de 1978, en cuya virtud España se ha constituido en un Estado social y democrático de Derecho, en el que la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado, cuya forma política es la Monarquía parlamentaria y su estructura territorial se ha edificado como un Estado complejo, basado en el reconocimiento y garantía del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran (artículos 1 y 2 CE), resulta evidente que la atribución o la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no puede basarse ni en la Novísima Recopilación de 1785, ni en la Ley de Mostrencos de 1835; tampoco en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964. Hay incluso quien, hoy en día, se remonta hasta Las Partidas (siglo XIII) para

justificar la atribución a la Administración General del Estado de la propiedad de los bienes vacantes (7).

Además, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la principal de sus Sentencias sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, la STC 31/2010, de 28 de junio (F.J. 13), el término «Estado» es ambiguo. Según el Alto Tribunal, el principio general que se proclama en el artículo 3.1 del Estatuto de Autonomía catalán de que «la Generalitat es Estado»,

«es una afirmación indiscutible por cuanto, en efecto, el Estado, en su acepción más amplia, esto es, como Estado español erigido por la Constitución Española, comprende a todas las Comunidades Autónomas en las que aquél territorialmente se organiza (por todas, STC 12/1985, de 30 de enero, FJ 3) y no únicamente al que con mayor propiedad ha de denominarse “Estado central”, con el que el Estado español no se confunde en absoluto, sino que lo incluye para formar, en unión de las Comunidades Autónomas, el Estado en su conjunto. (...) la Generalitat es, con perfecta propiedad, Estado (...)».

Asimismo, cabe destacar que en la cita de carácter histórico recogida en la STC 58/1982, de 27 de julio, se incluyen expresamente los bienes abintestatos. Sin embargo, como se analizará con más detalle seguidamente, en la actualidad los bienes abintestatos ya no los adquiere exclusivamente el «Estado central». Por el contrario, también se atribuye su propiedad por ministerio de la ley a aquellas Comunidades Autónomas que, como Aragón, en virtud del artículo 149.1.8º de la Constitución, han asumido competencias en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, desplazando de esta forma a la Administración General del Estado, en sus respectivos territorios, de la titularidad de dichos bienes. Así, debe señalarse que la atribución *ex lege* a estas Comunidades Autónomas de los bienes abintestatos no se ha llevado a cabo por «*el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado*», esto es, no se ha aprobado mediante una Ley de las Cortes Generales, sino que la modificación de la anterior atribución al Estado de los citados bienes en beneficio de algunas Comunidades Autónomas ha sido realizada unilateralmente por éstas, por medio de una Ley del respectivo Parlamento autonómico. No obstante lo cual, el artículo 956 del Código Civil continúa proclamando en la actualidad que «*[a] falta de personas que tengan*

(7) M^o Belén MIGUÉLEZ FERNÁNDEZ señala que «*se trata de una opción del legislador, pero éste, ya desde Las Partidas, decide la atribución de tal propiedad a la Administración General del Estado, en detrimento tanto de los particulares, frente al sistema permitido por el Derecho Romano, como de otras Administraciones existentes con anterioridad a la Constitución Española de 1978, como son los Entes Locales*», en «Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas» (dir. DE FUENTES BARDAJÍ, J.), Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, 2008, p. 278.

derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado (...)».

2. La STC 150/1998, de 2 de julio

En segundo lugar, la representación estatal invoca para fundamentar la impugnación de la disposición adicional sexta del TRLPA la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 150/1998, de 2 de julio, recaída en el recurso de inconstitucionalidad promovido asimismo por el Estado contra algunos preceptos de la Ley de Castilla y León 14/1990, de 28 de noviembre, de Concentración Parcelaria. En particular, el Tribunal Constitucional declara inconstitucionales y, por tanto, nulos los artículos 66, apartados 1, 3 y 4, y 100.b) de la Ley castellano-leonesa 14/1990, que establecían lo siguiente:

«Artículo 66.

1. Las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante el período normal de investigación, se incluirán también en el Acta de Reorganización, haciéndose constar aquella circunstancia y consignando, en su caso, las situaciones posesorias existentes. Tales fincas, sin embargo, no serán inscritas en el Registro de la Propiedad mientras no aparezca su dueño o fuese procedente inscribirlas a nombre de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

3. Transcurridos los cinco años a que se refiere el párrafo anterior, la Dirección General remitirá a la Consejería de Economía y Hacienda, a los efectos determinados en la legislación sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma, relación de los bienes cuyo dueño no hubiere aparecido con mención de las situaciones posesorias que figuren en el Acta de Reorganización.

4. La Dirección General queda facultada para ceder en precario al Ayuntamiento que corresponda el cultivo de las fincas sin dueño conocido que nadie posea. La Consejería de Economía y Hacienda destinará las citadas fincas al Fondo de Tierras o a la realización en ellas de obras de restauración del medio natural.»

«Artículo 100.

En cada zona de concentración parcelaria si es posible, y analizada su conveniencia, se constituirá un Fondo de Tierras que se formará, en lo posible, con las siguientes aportaciones:

b) Fincas de propietarios desconocidos que se adjudiquen a la Comunidad Autónoma de acuerdo con lo establecido en el artículo 66» (8).

(8) En el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 1828/2011, relativo a la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional sexta de la LPA, se afirma que el artículo 66 de la Ley de Castilla-León 14/1990 «*regulaba el destino de las fincas de reemplazo sin dueño conocido procedentes de procesos de concentración parcelaria en términos prácticamente idénticos*» a los de la norma aragonesa impugnada. Sin embargo, hay una diferencia muy relevante entre ambas Leyes autonómicas: sólo la Ley castellano-leonesa, en el artículo 100.b), menciona expresamente la *adjudicación* a la Comunidad Autónoma de las fincas de reemplazo.

De la STC 150/1998, de 2 de julio, la representación estatal destaca en el escrito del recurso la siguiente argumentación del Tribunal Constitucional, contenida en su Fundamento Jurídico 3:

«Lo dicho tiene su fundamento, como señala correctamente el Abogado del Estado, en la naturaleza civil de la norma que pueda regular el régimen jurídico en general y el destino, en particular, de los llamados bienes vacantes, sin dueño o mostrencos. Habida cuenta de que la competencia en dicha materia corresponde al Estado, "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan" (art. 149.1.8 C.E.), deberá ser una Ley estatal quien realice tal atribución, pues en caso contrario la legislación de las Comunidades Autónomas que se atribuyera dichos bienes dejaría vacía de contenido en este punto concreto la competencia del Estado. Por ello, procede declarar inconstitucionales el art. 66.1.3 y 4 y, por conexión, del art. 100 b).»

Con ello, el Tribunal Constitucional en realidad básicamente está rechazando la pretensión de la Comunidad Autónoma de Castilla y León de fundamentar la atribución *ex lege*, en su favor, de la propiedad de las fincas de reemplazo en la competencia autonómica en materia de concentración parcelaria y en la necesidad de dicha atribución para la eficacia de las medidas de concentración parcelaria que ponía en marcha la Ley castellano-leonesa 14/1990, de 28 de noviembre.

En todo caso, lo más relevante de esta Sentencia es el reconocimiento expreso por el Tribunal Constitucional de la naturaleza civil de la norma reguladora del régimen jurídico en general y del destino, en particular, de los bienes vacantes, materia ésta cuya competencia corresponde al Estado, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.8^o CE, por lo que «deberá ser una Ley estatal la que realice tal atribución» de la propiedad de los bienes vacantes a las Comunidades Autónomas.

Por consiguiente, con base en la propia argumentación del Tribunal Constitucional, podría defenderse que esa necesaria Ley estatal que permitiría realizar la atribución *ex lege* a determinadas Comunidades Autónomas de los bienes vacantes es la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; y más en concreto, el apartado 2 de la disposición final segunda de la LPAP, relativa a los títulos competenciales al amparo de los cuales el Estado aprueba esta Ley, cuando proclama que el artículo 17 LPAP se dicta al amparo del artículo 149.1.8.º de la Constitución, y es «*de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan*».

Obviamente, la expresión «*de aplicación general*» no es equivalente a «*de aplicación exclusiva*» ni tampoco a «*de aplicación con el carácter de legislación básica*» (9). De esta forma, al reconocer el Tribunal Constitucional la naturaleza civil de la norma atributiva *ex lege* de la propiedad de los bienes vacantes, concepción recogida asimismo en una Ley estatal como es la LPAP, se ha abierto la puerta para que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio puedan entrar a legislar, legítimamente, sobre la atribución de la propiedad de los bienes vacantes que se hallen en su respectivo territorio. Más adelante insistiremos en esta cuestión.

3. La STC 204/2004, de 18 de noviembre

Finalmente, en tercer lugar, invoca la representación estatal en favor de sus tesis la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 204/2004, de 18 de noviembre. En este supuesto, a diferencia de las dos Sentencias anteriores, no dirime el Tribunal Constitucional una controversia suscitada entre el Estado y una Comunidad Autónoma, sino que resuelve dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona en los años 1995 y 1997, respectivamente, en relación con el artículo 29.2 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (LGP), aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (ya derogado) (10).

(9) No es posible, por ello, compartir la afirmación contenida en el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 805/2003, de 3 de abril, sobre el «Anteproyecto de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas», en el apartado VIII.C).4), referido a los artículos 17 y 18 del anteproyecto, cuando sostiene lo siguiente: «(...) hay que destacar que el anteproyecto atribuye ya expresamente carácter básico a estos dos preceptos, declarando así que los bienes vacantes corresponden, exclusivamente, a la Administración General del Estado, sin que las Comunidades Autónomas puedan, por vía legislativa, atribuir esa propiedad a sus propios órganos o a las entidades locales».

(10) El artículo 29.2 LGP establecía lo siguiente:

«2. Son bienes abandonados por su titular, y, como tales, pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de Sociedades de crédito o Entidades financieras, respecto de los cuales, y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad. Este mismo régimen es aplicable a los saldos de cuentas corrientes abiertas en los referidos establecimientos o Entidades.»

En la actualidad, el artículo 18.1 LPAP contiene una regulación muy similar:

«Artículo 18. Saldos y depósitos abandonados.

1. Corresponden a la Administración General del Estado los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de veinte años.»

En concreto, el órgano judicial eleva al Tribunal Constitucional la posible inconstitucionalidad del artículo 29.2 LGP en relación con el artículo 33 CE, «*en cuanto puede lesionar el derecho de propiedad la declaración de abandono de valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario en toda clase de sociedades de crédito o entidades financieras, por no practicarse gestión por los interesados que impliquen el derecho de propiedad durante 20 años*».

Además, debe destacarse que ambas cuestiones de inconstitucionalidad traen causa de sendas demandas interpuestas por la Abogacía del Estado contra dos Cajas de Ahorros para que se declarase la obligación de éstas de entregar al Estado los depósitos abandonados durante veinte años y se las condenara a entregarle todos los saldos en que dicho plazo se hubiera cumplido con posterioridad a la promulgación de la entonces vigente Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977. Esto es, el litigio originario del que más tarde surgieron las cuestiones de inconstitucionalidad finalmente resueltas por la STC 204/2004, se había producido entre la Administración General del Estado y dos entidades financieras, siendo ajenas por completo a esa controversia las Comunidades Autónomas.

Por consiguiente, las dudas de constitucionalidad sobre el artículo 29.2 LGP que resuelve la STC 204/2004, de 18 de noviembre, no guardan ninguna relación con la impugnación de la disposición adicional sexta del TRLPA. Así, la Audiencia Provincial de Barcelona viene a cuestionar, por un lado, la extinción o pérdida del derecho de propiedad por abandono de saldos y depósitos en entidades financieras; y, por otro, la atribución al Estado de tales bienes en cuanto abandonados, y no a las entidades financieras depositarias. Por ello, como afirma el Tribunal Constitucional (F.J. 7),

«[e]l juego del precepto cuestionado supone una previsión alternativa al régimen general de prescripción de las acciones civiles en las entidades o establecimientos de crédito, que impide que éstas pudieran eventualmente beneficiarse de los efectos de dicha suscripción para reclamar los saldos abandonados por sus titulares, atribuyéndose dichos saldos al Estado».

Asimismo, con relación a la atribución de los citados bienes en favor del Estado y no de las entidades financieras depositarias, aclara el Alto Tribunal en esta Sentencia (F.J. 8) que, en cuanto bienes *nullius*, el Estado los adquiere por atribución de la Ley, de forma que esta regla atributiva constituye una excepción al régimen general, dispuesto en el artículo 610 del Código civil, de adquisición de la propiedad de los bienes muebles por ocupación; añadiendo a continuación el Tribunal Constitucional lo siguiente:

«Ha de resaltarse, en este sentido, que la regla atributiva en favor del Estado que se recoge en el precepto cuestionado es la plasmación de una específica y

determinada opción del legislador, quien pudo, por tanto, haber previsto otra consecuencia jurídica a la declaración de abandono por su titular de los bienes a los que se refiere el precepto.

Pues bien, ninguna objeción cabe oponer desde la óptica del derecho a la propiedad privada a la opción de legislador de atribuir al Estado unos bienes abandonados por sus titulares y, por tanto, bienes *nullius*, pues tal atribución encuentra fundamento en su condición de gestor de los intereses generales de la comunidad que el Estado representa, al objeto de destinarlos a la satisfacción de aquellos intereses, lo que se conecta con el mandato del art. 128.1 CE de subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad».

En definitiva, la atribución al Estado de la propiedad de los saldos y depósitos en entidades financieras considerados abandonados se examina en la STC 204/2004 «desde la óptica del derecho a la propiedad privada»; en absoluto para dirimir un conflicto planteado entre la Administración General del Estado y una Comunidad Autónoma respecto a la propiedad de los bienes vacantes o, más en concreto, de las denominadas fincas de reemplazo (11).

III. TÍTULOS COMPETENCIALES ALEGADOS POR EL ESTADO EN EL LITIGIO SUSCITADO

Fundamenta la Abogacía del Estado la impugnación de la disposición adicional sexta del TRLPA en tres títulos competenciales. Así, en el escrito de recurso presentado se alega, en primer lugar, que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil, al amparo del artículo 149.1.8º CE, sin que la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de conservación, modificación y desarrollo de la legislación civil ampare la atribución del dominio sobre los bienes vacantes; en segundo lugar, se invoca la competencia del Estado en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18º CE); y, por último, la Abogacía del Estado menciona también la competencia exclusiva del Estado en materia de Hacienda general (art. 149.1.14º CE).

Procede, por tanto, analizar la efectiva concurrencia en este litigio de los títulos competenciales invocados por el Estado, si bien debe señalarse la presencia de un cuarto título competencial, quizá de menor relevancia o menos

(11) Sí está planteada esta controversia, en la actualidad, ante el Tribunal Constitucional con motivo del recurso de inconstitucionalidad número 572-2008, promovido por el Presidente del Gobierno de la Nación en relación con los artículos 15 y 16 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra, referidos a inmuebles vacantes y saldos y depósitos abandonados, respectivamente, con un contenido prácticamente idéntico al de los artículos 17 y 18 LPAP.

determinante para su resolución, pero igualmente presente en este conflicto, como es la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de concentración parcelaria, recogida en el artículo 71.17º del Estatuto de Autonomía de Aragón, dado que la disposición adicional sexta del TRLPA se refiere única y específicamente a las fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria. Al respecto, en todo caso, no parece necesario incidir ahora en la cuestión de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de concentración parcelaria, dado que se trata de un tema no controvertido, más allá de destacar que Aragón ha asumido todas las facultades anteriormente atribuidas al Estado en este ámbito competencial por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero. Sin embargo, como ya hemos visto, la STC 150/1998 rechazó que este título competencial pudiera permitir a la Comunidad Autónoma de Castilla y León atribuirse la propiedad de las llamadas fincas de reemplazo procedentes de procesos de concentración parcelaria.

1. Legislación civil

Respecto del primero de los títulos competenciales alegados por la representación estatal, el artículo 149.1.8º CE, es indudable su concurrencia en el presente supuesto, si bien la competencia en materia de legislación civil puede ser invocada en este litigio tanto por la Administración General del Estado para legitimar la regulación estatal contenida en el artículo 17 LPAP, como por la Comunidad Autónoma de Aragón para fundamentar la voluntad legislativa aragonesa expresada en la disposición adicional sexta del TRLPA. En este concreto supuesto, por tanto, confluyen ambas competencias en materia de legislación civil, la estatal y la autonómica.

Así, de conformidad con lo señalado en la disposición final segunda, apartado 2, de la LPAP, el citado artículo 17 de la ley estatal se dicta al amparo del artículo 149.1.8.º de la Constitución, y es de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. Pero también, con base precisamente en este mismo artículo 149.1.8º CE, el artículo 71.2º del vigente Estatuto de Autonomía de Aragón reconoce a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés, competencia exclusiva en cuyo ejercicio se dictó la disposición adicional sexta de la norma autonómica recurrida. Por consiguiente, ninguna duda u objeción cabe plantear respecto a la presencia de la competencia en materia de legislación civil en el litigio suscitado.

En este mismo sentido se han pronunciado expresamente tanto el Tribunal Constitucional como el Consejo de Estado, destacando la naturaleza civil de

las normas reguladoras de esta materia. Así, afirma el Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1998, de 2 de julio (F.J. 3), ya citada, lo siguiente:

«Lo dicho tiene su fundamento (...) en la naturaleza civil de la norma que pueda regular el régimen jurídico en general y el destino, en particular, de los llamados bienes vacantes, sin dueño o mostrencos.»

Y esta es también la opinión expresada en el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 1828/2011, de 17 de noviembre, emitido sobre el expediente relativo a la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional sexta de la LPA, en el que en ningún momento se invoca el artículo 149.1.18º CE. Por el contrario, afirma taxativamente el Consejo de Estado:

«(...) es claro que la regulación del destino y atribución de los bienes inmuebles vacantes tiene el carácter de legislación civil (...).»

Por tanto, de acuerdo con la STC 150/1998 y el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1828/2011, la Administración pública (estatal o autonómica, según corresponda) adquiere los inmuebles vacantes *iure privatorum*, al igual que ocurre con los bienes abintestato. Dicho en otros términos, la determinación de la Administración pública en cuyo patrimonio deben integrarse los inmuebles vacantes se encuadra no en la legislación sobre el régimen jurídico del patrimonio de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18º CE), sino en la legislación civil (artículo 149.1.8º CE).

Por ello mismo, parece igualmente claro que la determinación de la atribución a una u otra Administración pública de los inmuebles vacantes no es una cuestión de soberanía del Estado en sentido estricto, o *iure imperii*, al nivel de las cuestiones relativas a las relaciones internacionales, la defensa nacional o la Deuda del Estado, por citar unos ejemplos típicos, sino que se trata, más sencillamente, de una materia a decidir en todo caso por las autoridades públicas y no por los particulares. De ahí que la STC 58/1982 afirme la constitucionalidad de la posibilidad de que los bienes vacantes puedan ser atribuidos a Entes distintos de la Administración General del Estado y que la STC 204/2004 confirme que no existe ninguna objeción desde la óptica del derecho a la propiedad privada a la opción de legislador de atribuir al Estado unos bienes abandonados por sus titulares, pues «*tal atribución encuentra fundamento en su condición de gestor de los intereses generales de la comunidad que el Estado representa, al objeto de destinarlos a la satisfacción de aquellos intereses.*»

Así, en coherencia con las SSTC 58/1982 y 150/1998, y de conformidad con lo previsto en la disposición final segunda, apartado 2, de la LPAP, el artículo 17.1 LPAP realmente vendría a establecer, en la práctica, la siguiente regulación de los inmuebles vacantes:

«1. Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño, *sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan.*»

De esta forma, las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, como es el caso de Aragón, pueden decidir si desplazan a estos efectos al Estado en su respectivo territorio o, por el contrario, optan por no modificar o no regular esta materia, en cuyo caso se aplicaría la normativa estatal al ser de aplicación general.

Y se encuentran habilitadas para hacerlo las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, porque precisamente, de conformidad con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 58/1982, ha sido el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado, y no de una de sus partes, por medio de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, quien así lo permite.

Algo muy similar viene a ocurrir, por ejemplo, en materia de sucesión intestada. La legislación del Estado, en concreto el artículo 956 del Código Civil, es categórica al afirmar que «[a] falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado (...)», sin contener ni una sola mención a la posibilidad de que también hereden abintestato las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Sin embargo, en la práctica, puede decirse que la norma que realmente se aplica es la siguiente:

«Artículo 956.

A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado (...), *sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan.*»

Y así, en virtud de la competencia en materia de legislación civil amparada por el artículo 149.1.8º CE, todas las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, excepto Islas Baleares, han regulado la sucesión intestada en favor de la respectiva Administración de la Comunidad Autónoma, siendo desplazada de esta manera la Administración General del Estado en dichos territorios.

Cabe concluir esta argumentación con una última reflexión. En la disposición adicional primera del «Anteproyecto de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas», de 2003, se daba una nueva redacción a los artículos 956 y 957 del Código Civil, relativos a la sucesión abintestato del Estado. En concreto, en dicho Anteproyecto el artículo 956 CC quedaba redactado como sigue:

«A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará la Administración General del Estado.»

Con dicha redacción, la Ley estatal continuaba reconociendo como único sucesor abintestato a la Administración General del Estado, ignorando al respecto (o, al menos, no mencionando) los derechos sucesorios en sus respectivos territorios de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. ¿Podría defenderse entonces, con esta nueva norma, que sólo cabe atribuir la propiedad de los bienes abintestato a la Administración General del Estado, excluyéndose por completo a las Comunidades Autónomas? Evidentemente, no. A pesar de la inexistencia de una Ley estatal de cobertura, las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio han podido regular la sucesión abintestato, sustituyendo o desplazando en sus territorios a la Administración General del Estado en la misma, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8º CE.

2. Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas

La representación estatal considera que concurre en este proceso ante el Tribunal Constitucional un segundo título competencial: la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, prevista en el artículo 149.1.18º CE.

Al respecto, denuncia la Abogacía del Estado que la disposición adicional sexta del TRLPA dota de un régimen jurídico determinado a las fincas de reemplazo incluidas en el procedimiento de concentración parcelaria, «esto es, asumiendo la regulación del haz de facultades que integran el derecho real de dominio; o dicho de otro modo, regulando el contenido del derecho de propiedad».

Tras afirmar que el régimen jurídico de las Administraciones públicas hace referencia a las normas que regulan la naturaleza jurídica, organización y actuación del conjunto de entes, entidades, órganos, organismos e instituciones que integran la Administración, en tanto que dotados de un régimen jurídico peculiar y exorbitante en relación con el régimen jurídico privado, persiguen la consecución del interés general, la representación estatal censura que el precepto impugnado, a imagen de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, conforma el régimen jurídico de estos bienes vacantes, incidiendo en su régimen registral, autorizando al órgano competente de la Comunidad Autónoma a reconocer el dominio de los bienes a favor de quien lo acredite suficientemente, ordenando su adscripción al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma y permitiendo su cesión en precario al Ayuntamiento, entidad local menor o comunidad de regantes para su cultivo.

Por todo ello, estima la Abogacía del Estado que la disposición adicional sexta del TRLPA se adentra sin competencia que lo sustente en la determinación del contenido de propiedad que atribuye a la Comunidad Autónoma, en la delimitación del haz de facultades que comprende el derecho real de

dominio, en la regulación del régimen jurídico patrimonial de los bienes que pertenecen al Estado.

No puede compartirse esta argumentación pues en ella quedan confundidas, entremezcladas, la atribución de la propiedad de las fincas de reemplazo vacantes con la regulación de la actuación administrativa en los procesos de concentración parcelaria. No debe olvidarse al respecto que la Comunidad Autónoma de Aragón asumió hace ya muchos años la competencia exclusiva en materia de concentración parcelaria, pudiendo citarse en este sentido el Real Decreto 643/1985, de 2 de abril, sobre valoración definitiva y ampliación de funciones traspasadas de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma en materia de reforma y desarrollo agrario (BOE número 112, de fecha 10 de mayo de 1985); competencia para cuyo ejercicio la Comunidad Autónoma debe aplicar precisamente la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973.

En un sentido estricto o clásico, como muy reiteradamente ha afirmado el Tribunal Supremo, la finalidad de la concentración parcelaria *«no es otra que adjudicar a cada propietario en un número reducido de fincas una superficie equivalente en clase, tierra y cultivo a la de las parcelas aportadas»* (por ejemplo, Sentencias de 14 de diciembre de 1983, 1 de febrero de 1984, 5 de febrero de 1985 y 29 de septiembre de 1986, entre otras muchas); o, en otras palabras, la concentración parcelaria es *«la función administrativa por la que se reorganiza la propiedad rústica de una zona, asignando a cada propietario una porción de terrenos equivalente en extensión a otros de que se le priva, pero en mejores condiciones para su cultivo, mediante las oportunas compensaciones por la diferente clase de tierras»* (J. GONZÁLEZ PÉREZ, 1953, p. 135).

Toda la actuación administrativa desarrollada en un proceso de concentración parcelaria conduce a la reorganización de la propiedad de unas superficies de terreno, incidiendo directamente «en la determinación del contenido del derecho de propiedad» de las fincas afectadas. Ese es, precisamente, el contenido preceptivo del acta de reorganización de la propiedad (artículo 222 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario). Por ello, en el ejercicio de su competencia en materia de concentración parcelaria, la Comunidad Autónoma podrá incidir en el régimen registral de las fincas afectadas, reconocer el dominio de bienes a favor de quien lo acredite suficientemente, ordenar su adscripción al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma o permitir su cesión en precario al Ayuntamiento, entidad local menor o comunidad de regantes para su cultivo.

Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.3 LPAP, la adscripción no altera la titularidad sobre el bien, pues transfiere las facultades y obligaciones de uso, administración y conservación del mismo, pero nunca su titularidad. Así, la propia LPAP (artículo 185) concibe la *adscripción* de

bienes como un «acto de gestión patrimonial», pero en ningún caso como un modo de adquisición de bienes y derechos, como se deduce asimismo de lo establecido en el artículo 15 LPAP, en el que se detallan los modos en que las Administraciones públicas pueden adquirir bienes y derechos (no incluyéndose al efecto la adscripción).

Por otro lado, en todo caso, ya desde sus primeras Sentencias, el Tribunal Constitucional ha circunscrito la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, prevista en el artículo 149.1.18º CE, a aspectos organizativos y de funcionamiento de éstas, mediante «*la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado*» (STC 32/1981, de 28 de julio, F.J. 5), añadiendo al respecto:

«Ciertamente no será siempre fácil la determinación de qué es lo que haya de entenderse por regulación de las condiciones básicas o establecimiento de las bases del régimen jurídico, y parece imposible la definición precisa y apriorística de ese concepto. Las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico (...).»

Pues bien, son las propias Cortes Generales las que han establecido que el artículo 17 LPAP se dicta al amparo del artículo 149.1.8º CE, dada la naturaleza civil de su contenido, y no en aplicación del artículo 149.1.18º CE, al no considerar que se trate de una materia relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

3. Hacienda general

El tercero de los títulos competenciales que invoca la Abogacía del Estado en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2037-2014 es la competencia exclusiva del Estado en materia de Hacienda general (art. 149.1.14º CE), título este que no había sido alegado en el anterior recurso de inconstitucionalidad núm. 6868-2011.

Afirma al respecto la representación estatal que el concepto de Patrimonio de la Administración está íntima e indisolublemente ligado a la Hacienda Pública tanto en el aspecto estático (relativo a su composición por un conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico) como en el dinámico (referido a la actividad financiera del sector público, encaminada a la obtención de recursos y a la realización de gastos), concluyendo que la regulación del régimen jurídico de los mostrencos se ampara en la competencia del Estado en materia de Hacienda General.

Nuevamente cabe alegar que el propio legislador estatal no ha considerado esta cuestión de la misma manera que la argumentada por la Abogacía

del Estado, pues las Cortes Generales han establecido expresamente que el artículo 17 LPAP se dicta al amparo del artículo 149.1.8º CE, dada la naturaleza civil de su contenido, y no en aplicación del artículo 149.1.14º CE. En realidad, a la vista de la regulación contenida en la disposición final segunda de la propia Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, es evidente que ninguno de los preceptos y disposiciones de esta Ley se ha dictado al amparo del artículo 149.1.14º CE.

La argumentación de la representación estatal de nuevo confunde la atribución de la propiedad de las fincas de reemplazo vacantes con la regulación de la actuación administrativa en materia de Hacienda Pública, anticipando los efectos (obtención de ingresos a partir del patrimonio propio) a las causas (atribución de la propiedad de un determinado bien).

Por otro lado, aunque no se trate de cifras aún oficiales, sí son indicativos los datos provisionales aportados por el Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón sobre el número y superficie de fincas de reemplazo vacantes halladas en esta Comunidad Autónoma, procedentes de procesos de concentración parcelaria realizados en Aragón. Los datos se refieren a los años 2007 a 2013 (ambos inclusive), con las cifras siguientes:

- superficie total objeto de concentración parcelaria: 147.973 hectáreas.
- superficie total de fincas de dueño desconocido: 358 hectáreas.
- representa menos del 1 por 100 (un 0,24 por 100) la superficie total de fincas sin dueño conocido sobre la superficie total de hectáreas objeto de concentración parcelaria realizados en Aragón en un período de siete años (2007-2013).
- la mayor parte de las parcelas de desconocidos suelen corresponder a superficies de bajo o muy bajo valor agronómico (con parte o la totalidad de erial, yermos, zonas de pendiente o pedregales, etc.); el valor de dichas superficies suele ser muy inferior al valor medio de una hectárea de cultivo por lo que además de la variabilidad propia de la zona donde se sitúan es difícil a priori realizar una valoración detallada, que en cualquier caso es baja.

Se trata, en todo caso, con independencia del número concreto de hectáreas que supongan las fincas de reemplazo vacantes y de su valoración económica en estos años, de procesos de investigación de la situación de las fincas muy complejos, dilatados en el tiempo, que son realizados en su integridad por la Comunidad Autónoma, y que requieren una elevada dedicación de recursos humanos, además de una cantidad importante de recursos públicos. ¿Sería más correcto que la Administración General del Estado, sin llevar a cabo

ninguna actuación de investigación relevante en este ámbito, adquiriera las fincas de reemplazo vacantes frente a la Administración actuante, que puede necesitarlas precisamente para la mejor reorganización de las propiedades afectadas por un proceso de concentración parcelaria? Desde el punto de vista de la Hacienda Pública no lo parece.

En definitiva, debe reiterarse la improcedencia de la invocación en este proceso de las competencias exclusivas del Estado en las materias de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y de Hacienda general (arts. 149.1.18º y 14º CE, respectivamente), y en consecuencia procede analizar más detenidamente las competencias estatal y autonómica en materia de legislación civil (art. 149.1.8º CE).

IV. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL

1. Concurrencia de competencias

Concurren en el presente litigio las respectivas competencias exclusivas en materia de legislación civil, tanto del Estado (artículo 148.1.8º CE) como de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 71.2º EEA), como consecuencia, en palabras de la STC 150/1998, de «*la naturaleza civil de la norma que pueda regular el régimen jurídico en general y el destino, en particular, de los llamados bienes vacantes*»; o también, como afirma el Consejo de Estado, dado que «*es claro que la regulación del destino y atribución de los bienes inmuebles vacantes tiene el carácter de legislación civil*» (Dictamen núm. 1828/2011).

Así, el citado precepto constitucional atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de «legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», reservándose «en todo caso» a la competencia exclusiva del Estado la fijación de las reglas relativas a unas determinadas materias, especificadas en el propio artículo 149.1.8º CE, materias entre las cuales no se encuentra la que ha motivado la presente controversia elevada al Tribunal Constitucional: «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».

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Aragón ha aprobado la disposición adicional sexta del TRLPA, objeto de impugnación por el Estado, en

el ejercicio de la competencia exclusiva que el artículo 71.2º EEA le atribuye en materia de «conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes». Así se deduce del contenido del Preámbulo de la anteriormente vigente Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón, en el que después de citar como uno de los modos de adquisición de bienes y derechos a favor de la Comunidad Autónoma por atribución de la ley el régimen de sucesión legal recogido en la Ley aragonesa de Sucesiones por Causa de Muerte, dictada en el ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral, se afirma lo siguiente:

«Conforme con lo anterior, se ha recogido también en el texto de esta ley la incorporación al patrimonio de Aragón de las fincas que reemplacen a las parcelas cuyo dueño no fuese conocido durante un proceso de concentración parcelaria.»

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse, en diversos procesos, sobre la conciliación de ambas declaraciones de exclusividad competencial en materia de legislación civil, pudiendo destacarse dos Sentencias, de entre las emitidas al respecto por el Alto Tribunal: la STC 88/1983, de 12 de marzo, en la que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos; y la más reciente STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) reformado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.

Recordemos que en esta última Sentencia, número 31/2010, el Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad del artículo 129 EAC, relativo a la competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña en materia de Derecho civil, siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico núm. 76 de la referida Sentencia. El artículo 129 EAC establece lo siguiente:

«Artículo 129. *Derecho civil.*

Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8.º de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña.»

2. Criterios de delimitación seguidos por el Tribunal Constitucional

De acuerdo con la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en la Sentencia 31/2010 (F.J. 76), y a los efectos del estudio del recurso de inconstitucionalidad núm. 2037-2014 promovido por el Gobierno de la Nación contra la disposición adicional sexta del TRLPA, cabe destacar

los siguientes criterios para realizar una delimitación de las respectivas competencias exclusivas, estatal y autonómica, en materia de legislación civil:

Primero.– La Constitución atribuye al Estado la «legislación civil», sin más posible excepción que la ‘conservación, modificación y desarrollo’ autonómico del Derecho civil especial o foral. La reserva al Estado «por el mismo art. 149.1.8, de determinadas regulaciones ‘en todo caso’ sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinda aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1)».

Segundo.– El art. 149.1.8º CE, además de atribuir al Estado una competencia exclusiva sobre la legislación civil, también introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, que no consiste en la intangibilidad o suprallegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su conservación, modificación y desarrollo. Conceptos éstos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables.

Tercero.– Ello implica que respecto de tales derechos civiles, forales o especiales, determinadas Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos de Autonomía competencias consistentes en su conservación, modificación y desarrollo y que tal asunción puede verificarse en términos de exclusividad. Por ello, la competencia exclusiva en materia de derecho civil ha de entenderse ceñida estrictamente a esas funciones de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil, especial o foral, que son «la medida y el límite primero de las competencias ... atribuibles y ejercitables» por las Comunidades Autónomas en virtud del art. 149.1.8.º CE (STC 88/1993, FJ 1).

Cuarto.– En cuanto al concepto constitucional de desarrollo del propio derecho civil, especial o foral, «debe ser identificado a partir de la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad civil» establecida por el art. 149.1.8 CE, de manera que «[l]a Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de ‘conservación’ y ‘modificación’, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales» (STC 88/1993, FJ 3).

Quinto.– La «noción constitucional de ‘desarrollo’ permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral» (STC 88/1993, FJ 3).

Sexto.– Ahora bien, «[e]se crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos», pues ello «no significa, claro está, ... una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar» (STC 88/1993, FJ 3).

Por consiguiente, no pueden compartirse, por no ajustarse a la doctrina del Tribunal Constitucional, las afirmaciones de la representación estatal contenidas en el escrito del recurso de inconstitucionalidad número 6868-2011, cuando sostiene que «la unidad básica del Derecho civil español es precisamente la finalidad de la CE, al atribuir al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil. Esa unidad y esa competencia sólo deben excepcionarse para la conservación, la modificación y el desarrollo de los Derechos civiles forales, pero sin que ello pueda suponer la creación de un sistema jurídico autónomo».

Muy al contrario. La Constitución de 1978 no tiene como finalidad la unidad básica del Derecho civil, sino que al amparar la competencia también exclusiva de algunas Comunidades Autónomas en esta materia, permite así que los Derechos civiles, especiales o forales, preexistentes al texto constitucional puedan ser objeto de «una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales» (STC 88/1983, de 12 de marzo, F.J. 3). Por tanto, no es posible fundamentar en la CE un retorno a los viejos intentos unificadores del Derecho civil (12).

(12) Así, S. MUÑOZ MACHADO afirma que el sentido del artículo 149.1.8º CE «es meridianamente claro: ni los regímenes forales son transitorios ni extinguidos en tiempo inmediato, sino una realidad que aún se permite impulsar y revitalizar a los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas. La unificación del Derecho Civil no responde ya a ninguna directiva constitucional»; en «Derecho Público de las Comunidades Autónomas», Vol. I, 2ª ed., Iustel, 2007, p. 861.

Además, como consecuencia precisamente del reconocimiento por la CE a algunas Comunidades Autónomas de la competencia exclusiva en materia de legislación civil, nuestra Norma Fundamental favorece la creación de diversos sistemas jurídicos autónomos, pues no otra es la consecuencia de la configuración de España como Estado de las Autonomías, como Estado complejo, estructurado en un conjunto de Comunidades Autónomas dotadas cada una de ellas de capacidad legislativa propia, y en el que coexisten, por ello, una pluralidad de sistemas jurídicos autónomos.

La realidad jurídica existente en nuestro país igualmente lo confirma, cuando en algunas de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio se han publicado Códigos con vocación de mucha mayor generalidad, amplitud y extensión de contenidos que las ya antiguas Compilaciones. Así ha hecho la Comunidad Autónoma de Aragón con la entrada en vigor del Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, con el título de «Código de Derecho Foral de Aragón» (13).

Y es también el caso de la Comunidad Autónoma catalana, que ha aprobado el «Código Civil de Cataluña», en cuyo artículo 111-4 del Libro Primero se establece que «Las disposiciones del presente Código constituyen el derecho común en Cataluña y se aplican supletoriamente a las demás leyes» (14).

(13) El «Código de Derecho Foral de Aragón» (publicado en el Boletín Oficial de Aragón núm. 63, de 29 de marzo), consta de cuatro Libros, con el siguiente contenido:

Libro Primero, dedicado al derecho de la persona;

Libro Segundo, referido al derecho de la familia;

Libro Tercero, que regula el derecho de sucesiones por causa de muerte; y

Libro Cuarto, en el que se contiene el derecho patrimonial.

(14) La Ley catalana 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código civil de Cataluña, establece que su estructura consta de los seis libros siguientes:

Libro Primero, que incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad, contenidas en la propia Ley 29/2002;

Libro Segundo, relativo a la persona y la familia, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, que incluye la regulación de la persona física, las materias hasta entonces comprendidas en el Código de familia y las leyes especiales de este ámbito;

Libro Tercero, relativo a las personas jurídicas, aprobado por la Ley 4/2008, de 24 de abril, que incluye la regulación de las asociaciones y de las fundaciones;

Libro Cuarto, relativo a las sucesiones, aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, que incluye la regulación de las materias contenidas en el Código de sucesiones por causa de muerte y en las demás leyes especiales de este ámbito;

Libro Quinto, relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, que incluye la regulación de esta materia aprobada por el Parlamento de Cataluña; y

Libro Sexto, relativo a las obligaciones y los contratos, que incluirá la regulación de estas materias, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores; pendiente aún de aprobación.

En definitiva, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, los Derechos civiles, forales o especiales, existentes en algunas Comunidades Autónomas, son el Derecho común de vigencia prioritaria en sus respectivos ámbitos territoriales de aplicación, desplazando así en muy diversas materias a la legislación civil del Estado, que únicamente podría aplicarse como legislación supletoria.

V. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO

Una vez expuesta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil, procede referirse a la aplicación de dicha doctrina al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación contra la disposición adicional sexta del TRLPA, aplicación que, a nuestro juicio, debe basarse en las premisas que se exponen seguidamente.

En primer lugar, debe insistirse en que nos encontramos ante un conflicto suscitado respecto de una materia encuadrada en el ámbito del Derecho civil, siendo oportuno recordar una vez más el criterio expuesto por la STC 150/1998 acerca de *«la naturaleza civil de la norma que pueda regular el régimen jurídico en general y el destino, en particular, de los llamados bienes vacantes»*, así como la afirmación del Consejo de Estado, contenida en su Dictamen núm. 1828/2011, de que *«es claro que la regulación del destino y atribución de los bienes inmuebles vacantes tiene el carácter de legislación civil»*. Así se reconoce expresamente también en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

En segundo lugar, esta concreta materia del destino y atribución de los bienes vacantes no es una de las materias reservadas «en todo caso» a la competencia exclusiva del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.8º CE. En efecto, no cabe encuadrar el régimen jurídico del destino y atribución de los bienes vacantes en ninguna de las materias reseñadas con ese alcance en nuestra Constitución: 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.

Por consiguiente, en tercer lugar, se trata de una competencia concurrente y, por ello mismo, de una materia abierta, en principio, a que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio puedan ejercer respecto de ella sus respectivas competencias legislativas exclusivas.

De esta manera, como ocurre con tantas otras materias de Derecho civil, el Estado puede legislar en virtud de su competencia exclusiva, conformando el Derecho civil común, el cual es de aplicación general, sin perjuicio de que determinadas Comunidades Autónomas también podrían aprobar sus propias normas sobre idéntica materia, integrándolas en su Derecho foral o especial, y desplazando así en sus respectivos territorios al Derecho civil común. Ejemplos de ello, sin ánimo de exhaustividad, podrían citarse los ámbitos relativos a las relaciones paterno-filiales, el régimen económico del matrimonio, o el derecho de sucesiones por causa de muerte. Y también, por mencionar una Ley aragonesa relativamente reciente, la Ley de las Cortes de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (más conocida como «Ley de custodia compartida»), derogada en la actualidad al haber sido incluido su contenido en el «Código del Derecho Foral de Aragón», de 2011.

En cuarto lugar, el artículo 149.1.8º CE introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, que se manifiesta en la previsión de que los respectivos Estatutos de Autonomía puedan atribuir a determinadas Comunidades Autónomas la competencia exclusiva para el desarrollo de su Derecho civil propio. De esta forma, a través del concepto de autonomía política de las Comunidades Autónomas, queda vinculada la competencia para el desarrollo del Derecho civil con la capacidad de las Comunidades Autónomas para elaborar sus propias políticas públicas en materias de su competencia. Por ejemplo, en materia de protección de la infancia y la adolescencia, mediante la regulación de la custodia compartida de los hijos menores de edad en los casos de ruptura de la convivencia matrimonial; o, en lo que atañe al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, en materia de concentración parcelaria, mediante la atribución por ministerio de la ley a la Comunidad Autónoma de la titularidad de las fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria.

Por otra parte, esta idea de la vinculación entre la atribución de la titularidad de un bien y la Administración pública competente en una materia determinada es un criterio recogido expresamente en la propia LPAP, en el artículo 20, apartados 2 y 3, rubricado «Normas especiales para las adquisiciones hereditarias» (15).

(15) El artículo 20, apartados 2 y 3, de la LPAP, establece lo siguiente:

«2. Cuando una disposición gratuita se hubiese efectuado a favor de una Administración pública para el cumplimiento de fines o la realización de actividades que sean de la competencia exclusiva de otra, se notificará la existencia de tal disposición a la Administración competente a fin de que sea aceptada, en su caso, por ésta.

3. Si la disposición se hubiese efectuado para la realización de fines de competencia de las Administraciones públicas sin designación precisa del beneficiario, se entenderá efectuada

Finalmente, como quinta premisa, el desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales no está vinculado rígidamente al contenido de las antiguas Compilaciones o de otras normas del respectivo ordenamiento autonómico, pudiendo las Comunidades Autónomas con competencia en materia de legislación civil llevar a cabo una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquellos Derechos, regular «*instituciones conexas*» con las ya previstas y legislar sobre materias que guarden una relación de «*conexión suficiente*» con institutos jurídicos ya disciplinados en el respectivo ordenamiento civil propio.

Un ejemplo de apreciación por el Tribunal Constitucional de la existencia de esta necesaria relación de «*conexión suficiente*» viene recogido en su Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, ya citada, en la que el Alto Tribunal desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos. Recordemos que el Estado impugnó la Ley aragonesa por considerar que la Comunidad Autónoma de Aragón se había extralimitado en el ejercicio de sus competencias en materia de Derecho civil, invadiendo los del Estado. Así, la representación estatal afirmaba lo siguiente:

«La Ley impugnada, sobre filiación adoptiva, no reconoce en la institución regulada una institución propia. (...) Lo que importa subrayar es la ausencia de toda norma sobre la adopción en los textos legales sobre Derecho foral aragonés. (...) desde la perspectiva del Derecho foral aragonés, nos hallamos en presencia de una institución nueva e inédita, y que se ha producido, por consiguiente, un desbordamiento de los límites competenciales previstos en el art. 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón. (...) No se trata de que la Ley autonómica haya limitado su regulación a los aspectos sucesorios de la adopción, adaptándolos a las particularidades forales de su propia legislación, sino que lo que se aborda, con carácter general, es la regulación íntegra de los derechos y obligaciones de los hijos adoptivos, invadiendo de esta forma una institución propia del Derecho civil común».

A los efectos del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Nación contra la disposición adicional sexta del TRLPA, resulta muy ilustrativa la argumentación seguida por el Alto Tribunal en la Sentencia 88/1993 (F.J. 3):

«Esta Ley —hemos de reiterar— no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación, al vigente Derecho civil aragonés, no puede

a favor de la Administración competente y, de haber varias con competencias concurrentes, a favor de la de ámbito territorial superior de entre aquellas a que pudiera corresponder por razón del domicilio del causante.»

calificarse, sólo por ello, de inconstitucional. Existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* del adoptado aparece en indiscutible conexión. Así ocurre, significadamente, con la regulación tanto «de las relaciones entre ascendientes y descendientes» (Título II del Libro Primero), como «de las relaciones parentales y tutelares» (Título III del mismo libro) y lo mismo cabe predicar de la disciplina del «Derecho de sucesión por causa de muerte» (Libro II), regulaciones, unas y otras, en las que la Compilación se refiere, expresa o tácitamente, a la posición jurídica (derechos y obligaciones) de los «hijos y descendientes», normativa ésta, por lo tanto, que bien puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la Ley que hoy enjuiciamos, Ley, por consiguiente, que no puede tacharse de inconexa respecto del ordenamiento que viene así a innovar parcialmente.»

De esta manera, el Tribunal Constitucional concluye afirmando que «*el Legislador aragonés puede, en conexión con el contenido de su Derecho civil propio, ordenar determinados aspectos del status de los hijos adoptivos*», por lo que aprecia que la Ley aragonesa 3/1988 sí guarda la suficiente conexión con el ordenamiento civil de Aragón, y concluye desestimando el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la misma.

En el recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional, el representante del Estado considera que este requisito de la «conexión suficiente» debe entenderse como la exigencia de una conexión directa e inmediata con alguna especialidad foral prevista en el Derecho civil foral vigente al tiempo de aprobarse la Constitución. Sin embargo, con semejante concepción tan rígida, restrictiva y limitativa, la representación estatal parece confundir «desarrollo» con «modificación», y produce el efecto, buscado o no, de anclar el Derecho foral a su pasado, con la historicidad, frente a la doctrina del Tribunal Constitucional en cuya virtud la CE defiende, ampara y protege «la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales», de forma que la competencia autonómica de desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, «no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento» (SSTC 88/1993, F.J. 3, y 31/2010, F.J. 76).

En todo caso, son varias las materias o instituciones conexas con la atribución de la titularidad de los inmuebles vacantes, ya reguladas dentro del Derecho civil aragonés: por ejemplo, todas las relativas a la propiedad, la posesión o la reivindicación. Pero, sin lugar a dudas, la institución que guarda una conexión directa, inmediata y suficiente con la citada materia, como se exige en el escrito de la representación estatal, es la sucesión legal a favor de

la Comunidad Autónoma de Aragón en defecto de parientes y del cónyuge del causante, regulada en la actualidad en los artículos 535 y 536 del «Código del Derecho Foral de Aragón».

La sucesión intestada es una institución análoga, sin duda, a la de los bienes vacantes o mostrencos. Se trata, en todos estos supuestos, de la existencia de unos bienes carentes de dueño, o vacantes, por diversas causas: son *res nullius*, han sido abandonados por sus titulares, se desconocen sus actuales propietarios, o bien el último dueño ha fallecido sin dejar testamento o pacto sucesorio y carece de parientes y cónyuge legalmente llamados a sucederle.

Como se recoge en la STC 58/1982 (F.J. 3), ya comentada, a todos estos bienes se refería el Decreto de Carlos III, de 27 de noviembre de 1785 (Novísima Recopilación, 10, 22,6), que los mencionaba como un conjunto uniforme: «*los bienes mostrencos, abintestatos y vacantes que pertenecen a mi Corona (...)*»; y también se regulaban los citados bienes en la asimismo aludida Ley de Mostrencos de 1835. Como señalara G. GARCÍA CANTERO, en la doctrina civilista del siglo XIX, en la práctica, la palabra «mostrenco» comprendía tanto los bienes muebles o semovientes perdidos o abandonados, como los inmuebles vacantes o carentes de dueño conocido y los bienes *ab intestato*, pertenecientes a personas que fallecían sin otorgar testamento y carecían de herederos legítimos (G. GARCÍA CANTERO, 1965, pp. 17-18).

Parten todos estos bienes de una situación de origen muy similar: su abandono, la carencia de dueño o el desconocimiento de éste; y tienen todos ellos el mismo destino: pasar a pertenecer al poder público, sea la Corona, el Estado o, en su caso, una Comunidad Autónoma. En definitiva, los bienes abintestatos son también bienes vacantes, carentes de dueño; una herencia que no tiene herederos se convierte en un conjunto de bienes vacantes.

La existencia de una conexión directa, inmediata y suficiente entre la atribución de la titularidad de los inmuebles vacantes y la sucesión abintestato, se ha podido constatar igualmente con motivo de la tramitación del entonces «Anteproyecto de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas», objeto del Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado número 805/2003, de 3 de abril. En el citado anteproyecto de Ley se incluía una disposición final primera en cuya virtud se modificaban los artículos 956 y 957 del Código Civil, introduciendo importantes modificaciones en el régimen vigente de la sucesión abintestato del Estado. A estos efectos, el Consejo de Estado viene a confirmar la conexión entre sucesión abintestato y bienes vacantes, al señalar lo siguiente:

«La configuración que el Código Civil da a la sucesión abintestato del Estado, como conjunción de un privilegio —el de la adquisición de la propiedad de ciertos bienes de quien fallece intestado y sin otros herederos— y de una obligación —la de distribuir una parte de lo heredado (hasta la reforma de 1928 fue todo) entre

una serie de instituciones que podríamos calificar «de interés social»— puede fundamentarse en la suma de la tradicional institución de la apropiación de bienes vacantes *iure imperii* y la consagración constitucional de la función social de la propiedad (artículo 33.2 de la Constitución).» (16)

Cabe señalar que, inicialmente, el Estado se opuso a la sucesión intestada de las Comunidades Autónomas, llegando a interponer un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de Cataluña 9/1987, de 25 de mayo, de Sucesión Intestada, en los que se regulaba la sucesión por la Generalitat de Cataluña, a falta de parientes llamados por la Ley, en lugar de por la Administración General del Estado; si bien, finalmente, el Gobierno de la Nación decidió desistir del citado recurso. En la actualidad se trata de una cuestión pacífica, de forma que el propio Consejo de Estado, en el citado Dictamen 805/2003, afirma:

«(...) no puede dejar de señalarse que todas las Comunidades Autónomas con Derecho foral o especial, salvo Baleares e incluida Valencia, han sustituido al Estado en la sucesión legal en su respectivo territorio, incorporando en la mayor parte de los casos el criterio distributivo de la herencia del Código Civil, con la peculiaridad de que prevén la distribución de todo el caudal hereditario, y no únicamente de dos tercios (...).»

Respecto de la Comunidad Autónoma de Aragón, y siguiendo en esta cuestión a diversas autoras especialistas en la materia (17), en el caso del antiguo Reino de Aragón, y sin perjuicio de posibles antecedentes recogidos en el Vidal Mayor y en la Compilación de Huesca, el derecho del Rey a recibir los bienes del finado sin parientes fue reconocido en la Curia del Justicia de Aragón el 7 de mayo de 1584, datándose asimismo en el siglo XVIII el derecho a la sucesión del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza. Posteriormente, con la Ley de Mostrencos de 1835, en ausencia de parientes del causante y no siendo procedente el llamamiento al Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, había de llamarse en último lugar al Estado, aplicándose años más tarde las normas contenidas en el Código Civil de 1889. La Compilación de 1967 dispuso que el último llamado sería el Estado, siempre que no tuviese lugar la sucesión a favor del Hospital de Nuestra Señora

(16) Apartado VIII.O) del Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 805/2003, relativo al «Anteproyecto de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas». También se incluye en dichos apartado y letra el siguiente párrafo del Dictamen que se transcribe.

(17) Cabe destacar, en este sentido, los trabajos de M^a del CARMEN BAYOD LÓPEZ: «La sucesión intestada en Aragón», en «Tratado de derecho de sucesiones; Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco» (dir. GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C.), Vol. 2, 2011, pp. 1597-1660; y de M^a MARTÍNEZ MARTÍNEZ: «La sucesión legal en el Derecho civil aragonés», El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000.

de Gracia de Zaragoza y, ya aprobada la Constitución de 1978, en el año 1995, las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 4/1995, de 10 de abril, de modificación de la Compilación de 1967, con la introducción por vez primera del llamamiento a la Comunidad Autónoma de Aragón, en lugar del Estado, en último lugar a la sucesión intestada.

Así viene establecido en la actualidad en el artículo 535.1 del «Código del Derecho Foral de Aragón», rubricado «Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma», en virtud del cual «[e]n defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma».

En definitiva, la norma aragonesa ahora impugnada se dicta en el ejercicio por la Comunidad Autónoma de su competencia exclusiva para el «desarrollo» del Derecho foral aragonés (artículo 71.2º EAA), regulando así una «institución conexa», como es la del destino de unos concretos bienes inmuebles vacantes —las fincas de reemplazo—, con una institución jurídica ya incorporada al ordenamiento civil aragonés como es la sucesión intestada (de bienes vacantes) por la Comunidad Autónoma de Aragón, con la que guarda una relación de «conexión suficiente», directa e inmediata. Por consiguiente, cabe entender que el legislador aragonés no se ha extralimitado en el ejercicio de sus competencias en materia de legislación civil, de forma que la disposición adicional sexta del TRLPA es constitucional. No obstante, el Tribunal Constitucional decidirá.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AMATRIAIN CÍA, Ignacio: «Adquisición», en «Derecho de los bienes públicos I: el patrimonio de Navarra. Comentarios a la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra» (dir. ALENZA GARCÍA, J.F.), Gobierno de Navarra, 2008, pp. 433-451.
- BAYOD LÓPEZ, M^ª del Carmen: «La sucesión intestada en Aragón», en «Tratado de derecho de sucesiones; Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco» (dir. GETE-ALONSO Y CALERA, M^ª. C.), Vol. 2, 2011, pp. 1597-1660.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen: «Bienes patrimoniales del Estado (Concepto y formas de adquisición por atribución de Ley)», Marcial Pons, 2001, pp. 175-208.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés A.: «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas», en «Propiedad y Derecho Civil» (coord. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), 2006, pp. 179-229.
- GALLEGO CABALLERO, Fabiola: «Artículo 49», en «Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas» (dir. DE FUENTES BARDAJÍ, J.), Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 539-547

- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «*La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado*», en *Revista de Administración Pública*, núm. 47, 1965, pp. 9-78.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (dir.): «*Derecho de los bienes públicos*», 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2009, pp. 119-130.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: «*La concentración parcelaria*», en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. VI, 1953, pp. 133-172.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «*Bienes sin dueño: mostrencos y abintestatos en la nueva Ley de Patrimonio aragonesa (Ley de Aragón 5/2011, de 10 de marzo)*», en esta REVISTA, núms. 39-40, 2012, pp. 11-47.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «*El patrimonio de la Comunidad Autónoma*», en «*Tratado de Derecho Público Aragonés*» (dir. BERMEJO VERA, J., y LÓPEZ RAMÓN, F.). Civitas/Thomson Reuters, 2010, pp. 1075-1096.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «*La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*», El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000.
- MIGUÉLEZ FERNÁNDEZ, Mª Belén: «*Artículo 17*», en «*Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*» (dir. DE FUENTES BARDAJÍ, J.), Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 270-285.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: «*Derecho Público de las Comunidades Autónomas*», Vol. I, 2ª ed., lustel, 2007, pp. 859-871.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «*La sucesión intestada de la Generalidad de Cataluña*», en «*Anuario de Derecho Civil*», Vol. 55, N° 3, 2002, pp. 965-1114.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: «*Artículo 20*», en «*Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*» (dir. DE FUENTES BARDAJÍ, J.), Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 308-332.
- SANZ GANDESEGUI, Francisco de Asís: «*Disposición final segunda*», en «*Comentarios a la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*» (dir. DE FUENTES BARDAJÍ, J.), Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 1672-1678.

INFORMES DE CALIDAD DEL SUELO EN LA NORMATIVA DE SUELOS CONTAMINADOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO (*)

MARÍA DEL CARMEN BOLAÑO PIÑEIRO

SUMARIO: I. PERSPECTIVA GENERAL DE LOS INFORMES DE CALIDAD DEL SUELO REQUERIDOS EN LA NORMATIVA DE SUELOS CONTAMINADOS Y NATURALEZA JURÍDICA.– II. INFORMES DE CALIDAD DEL SUELO EN LA NORMATIVA BÁSICA ESTATAL: 1. Introducción. 2. Informe Preliminar de Situación: A) Introducción. B) Concepto y contenido del Informe Preliminar de Situación. C) Sujetos obligados a elaborar el Informe Preliminar de Situación, plazo para la remisión y efectos del incumplimiento del deber de elaborar el informe. 3. Informe de Situación: A) Introducción. B) Concepto y contenido del Informe de Situación. C) Sujetos obligados a realizar el Informe de Situación, plazo de remisión, efectos del incumplimiento del deber de elaborar el informe y exoneración. D) Evaluación de riesgos para la salud de las personas y los ecosistemas. 4. Informes complementarios de las Comunidades Autónomas.– III. INFORMES DE CALIDAD DEL SUELO DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA VASCA: 1. Introducción. 2. El Informe de Investigación Exploratoria: A) Definición, información y actuaciones que se deben llevar a cabo para la realización del Informe de Investigación Exploratoria y contenido del informe. B) Efectos del incumplimiento del deber de elaborar los Informes de Investigación Exploratoria. 3. El Informe de Investigación Detallada: A) Definición, finalidades y contenido de la investigación detallada. B) Los Valores Indicativos de Evaluación y el análisis de riesgos para la salud de las personas o de los ecosistemas. C) Efectos del incumplimiento del deber de elaborar los Informes de Investigación Detallada. 4. Disposiciones comunes a los Informes de Investigación Exploratoria y Detallada: A) Sujetos obligados a remitir los informes de investigación exploratoria y, en su caso, detallada al órgano ambiental. B) Actividades e instalaciones potencialmente contaminantes del suelo.– IV. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA COMPARATIVA DE LOS DISTINTOS INFORMES DE CALIDAD DEL SUELO.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La normativa de suelos contaminados exige la realización de una serie de informes de calidad del suelo. Algunos de estos informes prevén la recogida de datos generales de los emplazamientos potencialmente contaminados. Otros requieren la obtención de datos relativos a los índices de contaminación del emplazamiento, tras llevar a cabo una analítica y muestreo del terreno. La normativa básica no es clara en muchos

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 29 de abril de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 27 de junio de 2014.

aspectos, creando confusión en determinados aspectos de los informes que regula. El régimen jurídico de estos informes se ha dejado al desarrollo normativo autonómico, encontrándose diferencias entre las diversas normativas. Cuestiones elementales no han sido reguladas, por lo que los obligados a llevar a cabo estos informes se encuentran en una importante inseguridad jurídica. La acreditación de las entidades para llevar a cabo los informes de calidad de suelo, requerida en la normativa autonómica vasca entre otras, se presenta como una pieza clave para garantizar la calidad de estos informes técnicos.

Palabras clave: informes técnicos ambientales; calidad del suelo; suelos contaminados; índices de contaminación.

ABSTRACT: Soil polluted Law obliges to elaborate some reports about soil environmental quality. Some of those establish the compilation of general data about potentially polluted land. Other reports are supposed to obtain pollution rates after soil chemical analysis of the land. The State Law is confusing in a large number of aspects, mixing its two different reports. The development of the State Law is in the hands of the Autonomous Communities so that important differences can be found amid them. Essential information about the reports has not been drawn. Because of this reason, the ones who are responsible for doing the reports on soil quality are standing an important juridical insecurity. In some Autonomous Communities their law obliges to ask for a licence in order to be allowed to do the environmental reports. This is understood as a guarantee for providing good reports in terms of technical quality.

Key words: technical environmental reports; soil quality; soil pollution; pollution standards.

I. PERSPECTIVA GENERAL DE LOS INFORMES DE CALIDAD DEL SUELO REQUERIDOS EN LA NORMATIVA DE SUELOS CONTAMINADOS Y NATURALEZA JURÍDICA

La normativa específica que regula los suelos contaminados en la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) se recoge en: 1) la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados; 2) el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados; 3) la Ley 1/2005, de 4 de febrero, para la prevención y corrección de la contaminación del suelo; y 4) en el Decreto del gobierno Vasco 199/2006, de 10 de octubre, por el que se establece el sistema de acreditación de entidades de investigación y recuperación de la calidad del suelo y se determina el contenido y alcance de las investigaciones de la calidad del suelo a realizar por dichas entidades. La regulación sobre suelos contaminados prevista en la Ley 22/2011 y el RD 9/2005 tiene naturaleza

jurídica básica (1). La Ley 22/2011, al igual que lo hacía la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos (LR), prevé la obligación de elaborar una serie de informes en los que se recogerán datos relativos al emplazamiento y a la potencial contaminación del suelo. En este sentido, la Ley 22/2011 realiza un mandato al Gobierno central de desarrollo reglamentario para que apruebe la lista de actividades potencialmente contaminantes del suelo (2). En cumplimiento de la derogada LR, el Gobierno central elaboró el Real Decreto 9/2005. Tras la aprobación de la Ley 22/2011, la cual remite también al desarrollo reglamentario, el Gobierno estatal no ha procedido a publicar un nuevo reglamento. Por tanto, seguirá siendo de aplicación el RD 9/2005 en lo que no contradiga la Ley 22/2011 y hasta que no se promulgue el nuevo reglamento. Es necesario atender a la normativa básica estatal y a la normativa de desarrollo de la Comunidad Autónoma del País Vasco, para tener una idea completa de los informes de calidad del suelo que existe obligación de realizar en dicha Comunidad Autónoma. Los informes serán los siguientes: 1) Informe Preliminar de Situación; 2) Informe de Situación; 3) Informe de Investigación Exploratoria; e 4) Informe de Investigación Detallada. La elaboración de estos informes tendrá el principal objetivo de facilitar a las Administraciones Públicas los datos necesarios para determinar si un emplazamiento deberá ser sometido o no a un procedimiento de declaración de calidad del suelo, y serán tenidos en cuenta para la resolución del procedimiento de declaración de calidad del suelo. Como consecuencia de ello, serán relevantes para establecer si un suelo deberá ser declarado contaminado y, en su caso, sometido a medidas de recuperación.

Antes de estudiar cada uno de los informes, debe aclararse su naturaleza jurídica y, por tanto, el régimen jurídico al que deberán estar sometidos. Los informes de calidad del suelo no pueden confundirse con los informes a los que hace referencia la Ley 30/1992 en sus artículos 82 y 83 (3). Los informes que regula la Ley 30/92 en dichos artículos son sólo aquellos emitidos por órganos o entidades jurídico-públicos, bien sea la propia Administración que está tramitando el procedimiento, una Administración diferente a esa (4) o un órgano consultivo. Sin embargo, los Informes de calidad del suelo que aquí se estudian, como se verá, son realizados por entidades que, si bien en algunos casos estarán acreditadas mediante una resolución administrativa, son entidades privadas. Se trata de empresas de naturaleza privada especializadas en el análisis de calidad medioambiental del suelo. Debe tenerse claro que los infor-

(1) Disposición final 1ª Ley 22/2011; antes disposición adicional 2ª Ley 10/1998.

(2) Art. 33.1 Ley 22/2011; antes, art. 27.4 Ley 10/1998.

(3) Arts. 82 y 83 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(4) Por, por ejemplo, por concurrir competencias compartidas.

mes regulados en los artículos 82 y 83 de la Ley 30/92 recogen valoraciones jurídicas o técnicas llevadas a cabo por un organismo público (5). Los Informes de calidad del suelo son informes técnicos ambientales de carácter privado que prueban hechos en el procedimiento administrativo (6). Concretamente, los informes de calidad del suelo prueban los índices de contaminación del suelo y los riesgos para la salud de las personas y/o de los ecosistemas a los que afecta. Teniendo en cuenta la importancia del concepto de «riesgo inaceptable para la salud de las personas o del medio ambiente» en la declaración de calidad del suelo se ha dicho que, en realidad, toda la normativa de suelos contaminados gira en torno a dicho parámetro (7). Se puede entender, por tanto, que los informes de calidad del suelo son documentos periciales en el marco de un procedimiento administrativo y, como tales, habrá que estar al régimen jurídico previsto para las pruebas en general y para los documentos periciales en particular (8).

II. INFORMES DE CALIDAD DEL SUELO EN LA NORMATIVA BÁSICA ESTATAL

1. Introducción

Según la derogada LR, a la realización del Informe de Situación le precedería la elaboración de una «evaluación preliminar» (9). El RD 9/2005 concreta el contenido de dicho estudio preliminar, introduciendo la obligación de elaborar los Informes Preliminares de Situación, previos a los Informes de Situación previstos en la LR. El contenido informativo que se deberá recoger en los Informes

(5) Véase RIPOLL MARTÍNEZ DE BEDOYA (2002: pp. 525-526); GONZÁLEZ NAVARRO y GONZÁLEZ PÉREZ (1994: p. 977).

(6) Véase sobre los informes de naturaleza jurídica en materia de Derecho Ambiental la monografía de LÓPEZ RAMÓN (1993).

(7) Ciertamente, no cabe dar otra interpretación posible a esta apreciación, ya que el único criterio que finalmente se va a tener en cuenta para la declaración de suelo contaminado va a ser el riesgo cuando éste sea inaceptable para la salud de las personas o el medio ambiente. Si no existe un riesgo inaceptable, el emplazamiento no será declarado contaminado. Véase sobre el papel del riesgo en materia de suelos contaminados PADRÓS REIG (2013: p. 62); FRUCTUOSO BAREA (2009: pp. 30-31); COLOMER MARCO (2005, p. 33).

(8) Arts. 80 y 81 Ley 30/92.

(9) Art. 27.4 Ley 10/1998, que fue modificado por el artículo 128.2 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, quedando redactado de la siguiente forma: «Los titulares de estas actividades, tras una evaluación preliminar cuyo contenido será fijado por el Consejo de Ministros previa consulta a las Comunidades Autónomas, deberán asimismo remitir periódicamente a la Comunidad Autónoma correspondiente informes de situación en los que figuren los datos relativos a los criterios que sirvan de base para la declaración de suelos contaminados, de acuerdo con el apartado 1».

Preliminar de Situación se recoge en el Anexo II del RD 9/2005 (10). Si bien la Ley 22/2011 no ha previsto la realización de una «evaluación preliminar», al seguir aplicándose el RD 9/2005 ¿debe entenderse que el Informe Preliminar de Situación seguirá elaborándose? Puede interpretarse que el reglamento requiere una habilitación legal para incluir un informe de calidad de suelo. En este sentido, al no preverse en la Ley 22/2011 podría entenderse que este informe dejará de elaborarse. Al margen de estos informes preceptivos, se establece que las Comunidades Autónomas (CCAA) podrán recabar informes más detallados, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el RD 9/2005 (11). Así las cosas, en la normativa básica estatal deberá distinguirse entre 1) Informe Preliminar de Situación; 2) Informe de Situación; e 3) Informes Complementarios de las Comunidades Autónomas, que variarán en función del desarrollo normativo que éstas hagan de la legislación básica (12). Debe adelantarse que existe confusión en torno a la distinción entre el Informe Preliminar de Situación y el Informe de Situación. El RD 9/2005 es la norma que regula el régimen jurídico del Informe Preliminar de Situación. Este RD 9/2005 no establece una definición o concepto de Informe Preliminar de Situación. Por su parte, la Ley 1/2005 no desarrolla el régimen jurídico de este informe. La redacción de la normativa estatal no es clara cuando hace alusión al Informe Preliminar de Situación y al Informe de Situación. Puede pensarse que el Informe Preliminar de Situación no viene a ser más que un primer Informe de Situación. Esto es, el primer informe de situación que elaboran los obligados. El segundo informe y los siguientes serían los Informes de Situación. Así lo ha sugerido algún autor (13). Esta afirmación no convence. Ciertamente, si el contenido de ambos fuera a ser el mismo debiera considerarse que son el mismo informe y, por tanto, tampoco se entendería el por qué de la previsión de un nombre diferente para ambos si son lo mismo. Sin embargo, lo cierto es que tienen un nombre distinto, uno es previo al otro y, además, y esta es la razón de más peso, de la lectura del RD 9/2005 no se desprende que sean lo mismo en contenido. Asimismo, al menos dos Comunidades Autónomas que han desarrollado la normativa estatal de suelos contaminados, esto es, Galicia y Canarias, desarrollan los Informes Preliminares y los Informes de Situación de forma separada, regulándolos como

(10) Art. 3.1 y 3.2 RD 9/2005.

(11) Art. 3.3 RD 9/2005.

(12) En este sentido puntualiza SANTAMARÍA ARINAS (2010: p. 396).

(13) La autora VARGA PASTOR (2012: p. 235) entiende que «... se establece [en el RD 9/2005] que periódicamente se vayan remitiendo este tipo de informes, a los que ahora llama Informes de Situación (IS). La determinación de la periodicidad con que se debe presentar y del contenido del mismo se deja en manos de las Comunidades Autónomas. Por lo tanto, el llamado Informe Preliminar de Situación corresponde al primer informe que se presenta ante la Administración, y el IS es el segundo y los posteriores que se deberán remitir a la propia Administración de forma periódica...».

dos informes diferenciados. Aún más, el contenido del Informe Preliminar de Situación se establece en el RD 9/2005 y el contenido del Informe de Situación se remite al desarrollo reglamentario. Por tanto, todo indica que se debe interpretar que son dos informes distintos (14).

Debe señalarse que la normativa básica estatal de suelos contaminados no regula el procedimiento de declaración de suelo contaminado. Por su parte, en la normativa autonómica de la CAPV que regula el procedimiento de declaración de calidad del suelo, no se han incluido los Informes Preliminares de Situación ni los Informes de Situación como documentos obligatorios a aportar al procedimiento. En este sentido, parece que los Informes Preliminares de Situación y los Informes de Situación quedan fuera del procedimiento de declaración de calidad de suelo. Sin embargo, éstos deberán ser tenidos en cuenta para dicha declaración, tal y como establece la normativa básica, por lo que tendrán que añadirse al expediente de forma obligatoria (15).

2. Informe Preliminar de Situación

A) Introducción

El Informe Preliminar de Situación es un informe técnico de naturaleza obligatoria que deberá elaborarse de acuerdo con la normativa básica estatal

(14) Asimismo, en Cataluña aunque en los artículos 19, 20 y 21 del Decreto Legislativo 1/2009, de 21 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de los Residuos no se prevé el desarrollo de este informe, en la Orden MAH/153/2007, de 4 de mayo, por la que se aprueba el Procedimiento de la Presentación Telemática de los Informes Preliminares de Situación y de los informes de Situación, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 9/2005 se diferencia claramente entre uno y otro incluso en el título de la norma. Sin embargo, la práctica del Gobierno Vasco está siendo la de entender que son lo mismo y tan sólo han elaborado un modelo de informe con la denominación de «Informe Preliminar de Situación». La única diferencia para el Gobierno Vasco sería que el Informe Preliminar de Situación no es sino el primer Informe de Situación que deberá elaborar el obligado. En cualquier caso, la LR condicionaba la elaboración del Informe de Situación a la elaboración de un estudio preliminar —art. 27.4, párrafo Ley 10/1998 tras la redacción del artículo 128.2 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre—, por lo que la realización de éste era obligatoria. Y, actualmente, aunque la Ley 22/2011 no lo prevé expresamente, su elaboración seguirá siendo un deber por mantenerse en vigor el RD 9/2005. Su no realización podrá suponer la comisión de una infracción grave o leve en atención al caso concreto. Ver artículo 46 apartados 3 y 4 Ley 22/2011.

(15) COLOMER MARCO (2005: p. 33) entiende que «tomando en cuenta la información disponible, entre ella, los «informes de situación» a que están obligados, entre otros, los titulares de las actividades potencialmente contaminantes y los propietarios de los suelos que las han soportado en el pasado, y los «informes complementarios» recabados a petición por el órgano competente de las CCAA, se declarará un suelo como contaminado cuando se determinen riesgos inaceptables (para la salud humana o los ecosistemas)...».

de suelos contaminados (16). El Informe Preliminar de Situación deberá informar a la Administración sobre la situación de la calidad ambiental del emplazamiento, si bien en términos generales. Al no tratarse de un informe emitido por un órgano público, no puede tener naturaleza preceptiva y/o vinculante en el sentido de la Ley 30/92.

B) Concepto y contenido del Informe Preliminar de Situación

Ante la ausencia de una definición de Informe Preliminar de Situación en la normativa básica, algunas CCAA han previsto en su normativa el concepto de Informe Preliminar de Situación. Este no es el caso de la CAPV. La Comunidad Autónoma de Canarias ha definido el Informe Preliminar de Situación del suelo como un «Informe técnico que tiene como fin valorar por primera vez la posibilidad de que se hayan producido o se produzcan contaminaciones significativas en un suelo sobre el que se asienta o se haya asentado alguna de las actividades potencialmente contaminantes del mismo» (17). Se trata de un «informe técnico». Por tanto, puede plantearse si dicho informe podrá ser elaborado por cualquier sujeto o deberá realizarse por una entidad que esté especializada en materia de contaminación del suelo. Si la normativa no especifica el deber de que estos informes se lleven a cabo por entidades especializadas, cabe plantearse de qué modo se va a garantizar la realización de informes de calidad de estas características. En este sentido, se cree que la previsión normativa de la obligatoriedad de llevar a cabo estos informes por medio de entidades acreditadas al efecto, será un remedio eficaz para evitar la elaboración de informes de baja o nula calidad técnica (18). Por otro lado, en la definición del Decreto canario se establece que el Informe Preliminar de Situación se trata del primero de los informes que se han de realizar para determinar la posibilidad de que haya contaminación en un suelo, por haberse asentado en él en el pasado o actualmente una actividad

(16) Art. 3 apartados 1, 2 y 3 RD 9/2005.

Véanse las SSTC 104/2013, de 25 de abril, FJ 8; 11/2013, de 9 de mayo, FJ 4; 180/2013, de 23 de octubre, FJ 7, que confirman el carácter básico del Informe Preliminar de Situación.

(17) Art. 2, párrafo 4 Decreto 147/2007, de 24 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico de los suelos contaminados en la Comunidad Autónoma de Canarias y se crea el Inventario de Suelos Contaminados de Canarias.

(18) En la normativa vasca se prevé la obligatoriedad de realizar los informes de calidad del suelo previstos en la normativa vasca a través de entidades acreditadas siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto 199/2006, de 10 de octubre, por el que se establece el sistema de acreditación de entidades de investigación y recuperación de la calidad del suelo y se determina el contenido y alcance de las investigaciones de la calidad del suelo a realizar por dichas entidades.

potencialmente contaminante del Anexo I del RD 9/2005. Sin embargo, es posible que anteriormente se hayan realizado análisis de la contaminación del suelo en base a otra normativa ambiental. Podrían existir estos análisis de características similares, principalmente en aplicación de la normativa propia de la Autorización Ambiental Integrada (19) (AAI) o en cumplimiento de la normativa para la obtención de la Licencia de Actividad Clasificada (20) (LAC). De hecho, la AAI se menciona en el RD 9/2005 como una causa por la que las Comunidades Autónomas pueden entender realizados los Informes Preliminares de Situación y los Informes de Situación en caso de que, al solicitar la AAI, haya sido aportada la información que se requiere en la legislación de suelos contaminados (21). La Licencia de Actividad Clasificada no se menciona en el RD 9/2005. Cabe preguntarse si los Informes Preliminares de Situación también pueden entenderse realizados, en el caso de que para la obtención de la Licencia de Actividad se hubieran realizado informes con el mismo contenido que los requeridos en la legislación de suelos contaminados, tal y como sucede con la AAI.

El contenido mínimo que debe recoger el Informe Preliminar de Situación viene determinado por el RD 9/2005 (22). El Anexo II del RD 9/2005 establece que su finalidad no es sino valorar la posibilidad de que se haya producido o se produzca contaminación en el suelo (23). El Anexo II divide en siete apartados la información que se ha de aportar. Cada apartado lleva un título general referido al contenido que se va a requerir en dicho apartado (24). Se trata de la recogida de datos muy básicos y generales para la aproximación al conocimiento de la situación de la calidad del suelo. No se establece la obligación de llevar a cabo un muestreo ni una analítica de las características químicas del emplazamiento. De hecho, el propio Anexo II en su introducción señala que este informe no supone la obligación de realizar ningún tipo de ensayo o análisis específico para este fin, en el caso de que éste pudiera elaborarse a partir de la información recabada por la

(19) Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (IPPC).

(20) Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de protección del Medio Ambiente del País Vasco, en adelante LPGMA.

(21) Art. 3.6 RD 9/2005.

(22) Art. 3.1 RD 9/2005.

(23) Suelos que, como veremos, serán aquellos que soporten actividades del Anexo I del RD 9/2005 y los referenciados en el artículo 3.2.

(24) Los títulos son los siguientes: 1) datos generales de la actividad. En este apartado se solicitan datos de situación geográfica del emplazamiento, datos de identificación de la empresa, entre otros; 2) materias consumidas —primas, secundarias y auxiliares— de carácter peligroso; 3) productos intermedios o finales de carácter peligroso; 4) residuos o subproductos generados; 5) almacenamiento; 6) áreas productivas; y 7) actividad histórica.

legislación de residuos y sustancias peligrosas. Por tanto, se entiende que si se han llevado a cabo los informes solicitados en la legislación de residuos y sustancias contaminantes con sus respectivos análisis, el Informe Preliminar de Situación se podrá realizar a partir de los datos de esos informes. En ese caso, tan sólo debería remitirse al órgano competente de la Comunidad Autónoma los datos ya obtenidos en aplicación de la normativa de residuos y sustancias peligrosas. Así que, al menos en estos casos, no se trataría de la realización de un informe propiamente dicho. Asimismo, debe recordarse que no es obligatorio aportar los datos que ya obran en poder de la Administración. La Administración no puede obligar a aportar datos de los que ya tiene conocimiento. En cualquier caso, podrán incluirse todos los datos complementarios que resulten de utilidad para el procedimiento de declaración de calidad de suelo. El contenido del Anexo II del RD 9/2005 será el que deberá recogerse en los Informes Preliminares de Situación, informes que se deberán enviar al órgano competente de la CAPV. El Departamento de Medio Ambiente del Gobierno Vasco ha elaborado una plantilla estándar para la elaboración del Informe Preliminar de Situación (25).

La doctrina ha señalado que la finalidad última de la elaboración del Informe Preliminar de Situación es la de permitir a la Administración Autónoma tener los datos suficientes para valorar la posibilidad de que se haya producido o se produzca la contaminación del suelo, cuando hubiera habido o exista alguna de las actividades potencialmente contaminantes del Anexo II en un emplazamiento (26). Se trata de aportar datos que permitan a la Administración identificar los focos de contaminación, así como determinar las medidas recuperación o de protección del suelo para evitar su mayor degradación. Si bien, en general, en el RD 9/2005 la obligación de elaborar los informes no surge de la presencia de una de estas actividades en un emplazamiento, sino de la titularidad de la actividad.

(25) Se puede encontrar en la siguiente dirección: http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.net/r49-7932/es/contenidos/manual/informe_preliminar_suelo/es_doc/indice.html. También la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia se remite en el contenido del Informe Preliminar de Situación al Anexo II del RD 9/2005 —Art. 4.1 Decreto 60/2009, de 26 de febrero, sobre suelos potencialmente contaminados y procedimiento para la declaración de suelos contaminados de Galicia—. No lo hace así la Comunidad Autónoma de Canarias, que incluye su propio anexo con la información que ha de ser recogida, si bien no viene a ser más que un desarrollo breve del contenido exigido por el RD 9/2005 —Art. 4.3 Decreto 147/2007. Incluye un apartado informativo adicional, no recogido en el RD, en el que se requiere información relativa a la existencia de informes previos al Informe Preliminar respecto al suelo, al control llevado a cabo, en su caso, previo al vertido realizado en ese suelo, y a las características del medio—.

(26) Véase la monografía de MIGUEL PERALES (2007: p. 94).

C) Sujetos obligados a elaborar el Informe Preliminar de Situación, plazo de remisión y efectos del incumplimiento del deber de elaborar el informe

Los sujetos que están obligados a realizar el Informe Preliminar de Situación del suelo se relacionan en el RD 9/2005 (27). Estos son: 1) los titulares de las actividades potencialmente contaminantes del suelo establecidas en el Anexo I del RD 9/2005. Esta es la conexión que estas actividades tienen con la elaboración del Informe Preliminar de Situación. Si se es titular de una de estas actividades, de forma obligatoria deberá realizarse el Informe Preliminar de Situación y enviarse a la autoridad competente que designe la CAPV; 2) las empresas que produzcan más de 10 toneladas por año de una o varias de las sustancias incluidas en el RD 363/1995, de 10 de marzo (28); y 3) las empresas que almacenen combustible para uso propio cuyo consumo anual medio supere los 300.000 litros y tengan un volumen total de almacenamiento igual o superior a 50.000 litros (29).

El RD 9/2005 establece el plazo máximo de dos años para que los sujetos obligados procedan a la remisión del Informe Preliminar de Situación al órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente (30). No se establece el *dies a quo* de ese plazo de dos años. Éste quedará sujeto a interpretación lo que supone una importante inseguridad jurídica. Una inter-

(27) Art. 3.1 y 3.2 RD 9/2005.

(28) RD 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas.

(29) Según el RD 1523/1999, de 1 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de instalaciones petrolíferas, aprobado por el RD 2085/1994, de 20 de octubre, y las instrucciones técnicas complementarias MI-IP03, aprobada por el RD 1427/1997, de 15 de septiembre, y MI-IP04, aprobada por el RD 2201/1995, de 28 de diciembre.

A título de ejemplo, la normativa canaria incluye en esta obligación, asimismo, a «los propietarios de suelos en que históricamente se hayan desarrollado actividades potencialmente contaminantes o los titulares privativos de concesiones vigentes sobre un suelo demanial sobre el que en el pasado se hayan desarrollado este tipo de actividades» —Art. 4.1 Decreto 147/2007—. Esta referencia a la contaminación histórica o pasada del suelo se entiende acertada. Sin embargo, ésta no aparece incluida en la normativa básica estatal, lo cual llama la atención y no se entiende. En la normativa básica estatal se establece el deber de presentar el Informe de Situación —no Informe Preliminar de Situación— cuando, en referencia a estos emplazamientos potencialmente contaminados, se vaya a solicitar una licencia o autorización para el establecimiento de alguna actividad diferente de las actividades potencialmente contaminantes o que suponga un cambio de uso del suelo. Seguramente sean muchos los suelos que han sido contaminados con anterioridad y que en la actualidad no vayan a soportar una actividad diferente. Debe reiterarse aquí la idea de que la normativa estatal no establece una separación clara y mezcla los conceptos de Informe Preliminar de Situación e Informe de Situación, lo que crea una importante confusión que posteriormente se analizará mediante cuadros comparativos.

(30) Art. 3.1 RD 9/2005.

pretación posible es entender que el plazo de dos años comienza a contar a partir de la entrada en vigor del RD 9/2005. Por tanto, y como no se establece otra cosa en el reglamento, el RD 9/2005 entró en vigor a los 20 días de su publicación (31). Entendido en esos términos, este plazo de dos años estaría dirigido a aquellos sujetos que en el momento de la entrada en vigor de la Ley estaban obligados a remitir este informe. Esta interpretación, en cambio, no aclararía el cómputo del plazo en el que habrían de remitir el informe los sujetos que de forma posterior a la entrada en vigor del RD 9/2005 devinieran obligados. Ante este hecho, podría entenderse que estos sujetos deberán remitir el informe en el plazo de dos años desde que nazca la obligación de enviar el Informe Preliminar de Situación. Esto es, para el caso de que se comience a ser titular de una actividad potencialmente contaminante de las establecidas en el Anexo II del RD tras la aprobación de dicha normativa.

De acuerdo con la Ley 22/2011, la no elaboración de los Informes Preliminares de Situación podrá suponer la realización de una infracción muy grave, grave o leve (32). Se incurre en una infracción muy grave cuando al no reenviar el Informe Preliminar de Situación se estén ocultando o alterando maliciosamente los datos que se exigen para la obtención de autorizaciones, permisos o licencias (33). Asimismo, se incurre en una infracción grave por el incumplimiento de la obligación de aportar información, en el caso de que las consecuencias para la salud de las personas o el medioambiente de la no presentación del Informe Preliminar de Situación no hubieran sido graves (34). Se incurre en una infracción leve cuando el envío del Informe Preliminar de Situación se realizase con retraso, cuando el resto de infracciones antes descritas no mereciesen ser calificadas de muy graves o graves por su escasa cuantía o entidad, o se realizase cualquier otra infracción en la aplicación de la Ley 22/2011 (35).

(31) En aplicación del art. 2.1 Código Civil. Al haberse publicado el 18 de enero, entró en vigor el 7 de febrero de 2005. Por tanto, los Informes Preliminares de Situación debieron ser enviados antes del 7 de febrero del 2007. Antes de esta fecha no había obligación de elaborar Informes Preliminares de Situación. En la página web de IHOBE se señala el 10 de febrero de 2007 como fecha límite para su envío.

(32) Ni la Ley 22/2011 ni la anterior Ley 10/1998 hacen en ningún momento referencia al Informe Preliminar de Situación como documento que, en caso de no entregarse, suponga una infracción, pero parece que debe deducirse que entra dentro de la tipificación que se describe.

(33) El art. 46.2.f Ley 22/2011 es la que regula actualmente esta infracción muy grave. Anterior Art. 34.2.e) Ley 10/1998.

(34) Actualmente se regula en el Art. 46.3.d Ley 22/2011. Art. 34.3.c) Ley 10/1998.

(35) Actualmente las infracciones leves se regulan en el artículo 46.4 Ley 22/2011. Art. 34.4.b) Ley 10/1998, de Residuos.

3. Informe de Situación

A) Introducción

El Informe de Situación es un informe técnico obligatorio que ha de llevarse a cabo y aportarse de forma obligatoria a la autoridad ambiental competente. Este informe deberá elaborarse de forma periódica y deberá tenerse en cuenta para la declaración de suelo contaminado. Los datos aportados en este informe constituyen pruebas para la Administración en el marco del procedimiento de declaración de suelo contaminado o de calidad del suelo (36), si bien no serán la única fuente de información para la Administración en el procedimiento (37). Este informe, de acuerdo con la normativa básica estatal, se realiza con posterioridad al Informe Preliminar de Situación. El Informe de Situación se mencionó brevemente en la derogada LR (38). La Ley 22/2011 menciona también de forma breve el Informe de Situación. Sin embargo, no aclara ni mejora la redacción con respecto a la LR. El RD 9/2005 desarrolla el deber de ciertos sujetos establecido en Ley 22/2011 de remitir el Informe de Situación, dejando la determinación de su contenido y periodicidad a las Comunidades Autónomas. Por su parte, la normativa vasca establecida en la Ley 1/2005 tan sólo menciona este informe en uno de sus artículos y lo hace para remitirlo al desarrollo reglamentario, el cual deberá especificar su contenido (39). Este desarrollo reglamentario no se ha llevado a cabo. Otras CCAA, como es el caso de Canarias (40) o Galicia (41), sí han desarrollado en sus normativas el Informe de Situación.

B) Concepto y contenido del Informe de Situación

Ni la Ley 22/2011, ni el RD 9/2005 aportan un concepto o definición del Informe de Situación. Por su parte, la normativa vasca no desarrolla el Informe

(36) En la normativa estatal sólo se habla de declaración de suelo contaminado. Mientras que en la normativa vasca se habla de declaración de calidad de suelo. Este hecho tiene sentido en tanto que la Ley 22/2011 sólo prevé la declaración de suelo contaminado, y la Ley 1/2005 prevé asimismo la declaración de suelo alterado y la declaración de suelo no contaminado.

(37) Art. 4.1 RD 9/2005.

(38) Art. 27.4 Ley 10/1998. La LR se limitaba a establecer el deber de los titulares de las actividades potencialmente contaminantes determinadas en el RD 9/2005, de remitir periódicamente el Informe de Situación. A cerca de los Informes de Situación, tan sólo se especifica que éstos deberán contener criterios que sirvan de base para la declaración de suelos contaminados. En este sentido, relaciona esta afirmación con el apartado 1 del artículo 27 Ley 10/1998, que establece el deber de las Comunidades Autónomas de declarar, delimitar e inventariar los suelos contaminados.

(39) Art. 6 Ley 1/2005.

(40) Art. 5 Decreto 147/2007.

(41) Art. 5 Decreto 60/2009.

de Situación. La normativa que ha desarrollado la Comunidad Autónoma de Canarias sí recoge una definición de dicho informe. El Informe de Situación en la normativa canaria se define como un «informe técnico, elaborado por una entidad acreditada en materia de investigación de calidad de suelos, que tiene por objeto valorar con carácter periódico la posibilidad de que se hayan producido o se produzcan contaminaciones significativas en un suelo sobre el que se asienta o se haya asentado alguna de las actividades contaminantes del mismo» (42). Un dato relevante que aporta esta definición, en relación con la anterior definición del Informe Preliminar de Situación, es la obligatoriedad de la realización del Informe de Situación por parte de una entidad acreditada. La acreditación de las entidades que realicen los Informes de Situación es un requisito no exigido por la normativa básica estatal (43). En aplicación de la

(42) Art. 2 párrafo 6 Decreto 147/2007.

(43) En materia de Derecho Ambiental, en buena parte debido a la europeización a la que está sometido este sector del Derecho, los procedimientos de acreditación de entidades privadas para la realización de una actividad con eficacia jurídico-pública tienen cada vez una mayor presencia. Véase TARRÉS VIVES, (1998: p. 506). Se habla así de una suerte de «externalización del control» llevado a cabo por los Poderes Públicos, al traspasar el control administrativo a entidades acreditadas. Además, se destaca que estos informes deben ser aportados, entre otros, por los titulares de las actividades o instalaciones potencialmente contaminantes del suelo, es decir, por el particular interesado y obligado. Si bien la última palabra, como no podría ser de otra forma, correspondería a la Administración competente. Tal y como señala SANZ RUBIALES (2013: p. 119). La materia medioambiental reviste un importante interés público y, por ello, se entiende que la realización de informes de calidad ambiental supone la elaboración de una actividad con eficacia jurídico-pública. Este es el caso de la elaboración y redacción de informes de calidad del suelo. La normativa básica estatal no establece la obligación de acreditar las entidades que llevarán a cabo los Informes Preliminares ni los Informes de Situación. La normativa vasca no desarrolla ningún aspecto de los informes estatales, de lo que se deduce que en la CAPV no es necesario que los informes estatales los elabore una entidad acreditada. La normativa de desarrollo canaria prevé la necesidad de acreditación de las entidades que elaboren los Informes de Situación, pero no las que elaboren los Informes Preliminares (Art. 2 párrafo 6 Decreto 147/2007). Sin embargo, los informes previstos por la normativa vasca se elaborarán de forma obligatoria por entidades que hayan sido acreditadas oficialmente para su realización (Art. 36. Ley 1/2005). La acreditación de entidades que estarán facultadas para elaborar los informes requeridos en la normativa vasca de calidad del suelo se llevará a cabo de la forma y mediante el procedimiento previsto en el reglamento que lo desarrolla. Este Reglamento es el Decreto del Gobierno Vasco 199/2006, de 10 de octubre, por el que se establece el sistema de acreditación de entidades de investigación y recuperación de la calidad del suelo y se determina el contenido y alcance de las investigaciones de la calidad del suelo a realizar por dichas entidades. El decreto gallego de desarrollo del régimen jurídico de los suelos contaminados también establece que los informes analíticos para la declaración de calidad del suelo deberán ser realizados por entidades acreditadas. Ver art. 8.2 Decreto 60/2009. Este hecho supone que ninguna entidad que carezca de la acreditación podrá elaborar los Informes de Investigación Exploratoria e Informes de Investigación Detallada. En la normativa vasca, la acreditación se define como la «resolución por la que se declara la aptitud y la capacidad de una entidad para llevar a cabo una o

normativa canaria, sin embargo, no puede ser cualquier entidad la que realice un Informe de Situación. Las entidades que lo realicen deberán necesariamente estar acreditadas (44). Si se tiene en cuenta que la normativa vasca no desarrolla la elaboración del Informe de Situación, y que la normativa básica estatal no exige la acreditación de las entidades que realizan dicho informe, se entenderá que en la CAPV no es requisito la acreditación de las entidades para la realización de los informes estatales (45). Como se ha dicho, el RD

varias actuaciones de acuerdo con lo que se establece en este Decreto» Art. 2.b) Decreto 199/2006. Para las entidades que estén interesadas en realizar Informes de Investigación Exploratoria e Informe de Investigación Detallada previstos en la Ley 1/2005, se establecen una serie de requisitos que obligatoriamente deberán cumplir para su habilitación (Anexo I en relación con el art. 3. 4 Decreto 199/2006). Se trata de requisitos generales de carácter administrativo, organizativo y técnico. En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 693/2008, de 24 de octubre se recurre el Decreto 199/2006 en relación con ciertos requisitos organizativos que exigía a las entidades en su Anexo I, apartado B.a. Este precepto es impugnado por el Colegio Oficial de Ingenieros Agrónomos de Aragón, La Rioja, Navarra y País Vasco. En el Anexo I, apartado B.a. del Decreto se establecía el requisito de que fueran ciertas titulaciones concretas las que ocupasen la plantilla de la empresa acreditada, en concreto titulados en ciencias geológicas, químicas, biológicas o ciencias ambientales, y titulados superiores de primer ciclo en áreas de conocimiento relacionadas con las actividades para las cuales se solicitaba la acreditación. Los demandantes entendían que se les había excluido de una actividad propia de su titulación dando paso a los titulados técnicos o diplomados. El tribunal declara la nulidad de las referencias a las concretas titulaciones que deben ocupar la plantilla de la empresa para poder ser acreditadas. Esto se debe a que la concreción de determinadas titulaciones debe realizarse por ley en base al artículo 36 CE. La Ley 1/2005 no establece nada sobre la concreta titulación que ha de tener el personal de las entidades acreditadas (Ver FJ 5). Según lo recogido en la normativa vasca, para la efectiva acreditación, las entidades deberán dirigir una solicitud al órgano ambiental de la CAPV acompañada de la documentación requerida. Esta documentación, entre otros extremos, deberá garantizar la suficiencia de medios y experiencia de la entidad para llevar a cabo los informes de calidad del suelo (Art. 10 Decreto 199/2006). Para facilitar la publicidad de las entidades acreditadas, el Decreto 199/2006 crea un Registro de Entidades Acreditadas, en la que serán inscritas todas aquellas entidades a las que el órgano ambiental otorgue la acreditación (Art. 14 Decreto 199/2006). Las entidades acreditadas tendrán el deber de remitir un informe cada año al órgano ambiental, para informar sobre las actuaciones que se han llevado a cabo referentes a la elaboración de los informes de calidad del suelo a lo largo del año, y acerca de las actividades, mejoras o cambios que hayan realizado para mejorar la eficacia de sus actuaciones (Art. 15 Decreto 199/2006). Todo ello se traduce en que los sujetos obligados a enviar los informes previstos en la normativa vasca, deberán solicitar su realización a una de las entidades acreditadas que figuren en el Registro de Entidades Acreditadas.

(44) La normativa canaria no requiere esta acreditación para la realización del Informe Preliminar.

(45) Sí será requisito obligatorio para la elaboración de los informes previstos en la propia normativa vasca, esto es, para la elaboración de los Informes de Investigación Exploratoria y los Informes de Investigación Detallada que se verá posteriormente. La acreditación de una entidad para la elaboración de informes sobre la calidad del suelo en el País Vasco se lleva a cabo mediante el sistema de acreditación establecido en su normativa propia.

9/2005 remite a las CCAA el desarrollo del contenido del Informe de Situación. Sin embargo, en la normativa vasca no se ha desarrollado este informe (46).

C) Sujetos obligados a realizar el Informe de Situación, plazo de remisión, efectos de la no elaboración del informe y exoneración del deber de elaborarlo

El RD 9/2005 establece los sujetos obligados a elaborar el Informe de Situación. Estos serán: 1) los titulares de las actividades potencialmente contaminantes del Anexo I del RD 9/2005 (47); y/o 2) los propietarios de los suelos en los que se haya desarrollado en el pasado alguna actividad potencialmente contaminante del Anexo I, cuando se solicite en relación con ese suelo una licencia o autorización para el establecimiento de una actividad diferente de las actividades potencialmente contaminantes, o que supongan un cambio en el uso del suelo (48). Los obligados a elaborar el Informe de Situación no coincidirán necesariamente con los obligados a llevar a cabo el Informe Preliminar de Situación. Esta es otra razón por la que se entiende que Informe de Situación e Informe Preliminar de Situación no son lo mismo. En este sentido, no se obliga a llevar a cabo el Informe de Situación a los

Ver el Decreto del Gobierno Vasco 199/2006, de 10 de octubre, por el que se establece el sistema de acreditación de entidades de investigación y recuperación de la calidad del suelo y se determina el contenido y alcance de las investigaciones de la calidad del suelo a realizar por dichas entidades.

(46) Salvo que se entienda, dada la similitud de los datos que se solicitan, que el Informe de Investigación Exploratoria es lo mismo que el Informe de Situación del Suelo, lo cual no parece factible. La administración vasca descarta esta posibilidad al entender que la elaboración de un Informe Preliminar de Situación o de un Informe de Situación, no se puede considerar como una alternativa a la elaboración de los informes propios previstos en su normativa autonómica. Ver IHOBE (2009, pp.6-7). En la práctica del Gobierno Vasco, el modelo previsto para el Informe Preliminar de Situación se ha entendido que lo es también para el Informe de Situación. En cuanto a la normativa de desarrollo de otras CCAA, la legislación autonómica canaria, por su parte, establece que el desarrollo del contenido del Informe de Situación se realizará mediante Orden departamental —Art. 5.3 Decreto 147/2007. Esta ha sido la ORDEN de 10 de mayo de 2011 por la que se determina el contenido del informe de situación del suelo previsto en el Decreto 147/2007, de 24 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico de los suelos contaminados en la Comunidad Autónoma de Canarias y se crea el Inventario de Suelos Contaminados de Canarias—. El Decreto de la Comunidad Autónoma canaria establece una periodicidad de dos años para la remisión del Informe de Situación —Art. 5.1 Decreto 147/2007—. La normativa gallega cumple el mandato del RD 9/2005 y establece tanto la periodicidad en la que deberá ser remitido el Informe de Situación —cinco años, Art. 5 apartados 1-4 Decreto 60/2009—, como el contenido mínimo que deberá tener —Art. 5.5 Decreto 60/2009—.

(47) Art. 3.4 RD 9/2005.

(48) Art. 3.5 RD 9/2005.

obligados a elaborar el Informe Preliminar de Situación en aplicación del artículo 3.2 RD 9/2005. Por tanto, parece que estarían exonerados de realizar el Informe de Situación. Esta regulación es confusa. Los supuestos del artículo 3.2 hacen referencia a empresas que producen cantidades importantes de sustancias potencialmente contaminantes del suelo, con independencia de que se encuentren en el listado o no del Anexo I. De hecho, en la definición de actividades potencialmente contaminantes del suelo, el Decreto 199/2006 establece que éstas serán las del Anexo I y las del artículo 3.2 de su articulado (49). Por tanto, no queda claro si para los casos mencionados en el artículo 3.2 debe realizarse el Informe de Situación o no. Si a este hecho se le añade que algunas CCAA como la CAPV no han desarrollado la regulación del Informe de Situación, la situación jurídica que se crea es ciertamente oscura e incierta (50). En la CAPV los obligados a la realización de este informe serán como mínimo los señalados en el RD 9/2005 por tener este reglamento naturaleza de normativa básica (51). Asimismo, el RD 9/2005 establece que serán las CCAA las que decidirán la periodicidad en la que los obligados deberán remitir al órgano competente el Informe de Situación (52). Por tanto, en la CAPV al no haberse desarrollado la normativa referente al Informe de Situación, los obligados a la elaboración de este informe se encuentran ante una importante inseguridad jurídica (53).

De acuerdo a lo establecido en la Ley 22/2011, la no elaboración de los Informes de Situación podrá suponer la comisión de una infracción muy grave,

(49) Art. 2.e) Decreto 199/2006.

(50) El Decreto gallego, haciendo copia exacta de lo establecido en la normativa básica estatal, establece que deberán presentar el Informe de Situación los titulares de los suelos potencialmente contaminados cuando soliciten una licencia o autorización para el establecimiento de alguna actividad diferente de las actividades potencialmente contaminantes, o que suponga un cambio en el uso del suelo —Art. 5.2 Decreto 60/2009—. Añade, respecto a la normativa estatal, la obligación de presentar el Informe de Situación cuando se realice una modificación sustancial de una instalación a la vez que se solicite la licencia o autorización para llevar a cabo el proyecto —Art. 5.3 Decreto 60/2009—. Por último, obliga a remitir un Informe de Situación cuando el titular de una actividad potencialmente contaminante del suelo pretenda llevar a cabo el cierre definitivo o se produzca la transmisión de la titularidad de la actividad —Art. 5.4 Decreto 60/2009—.

(51) Si en la práctica de la CAPV se ha entendido que el Informe Preliminar de Situación es lo mismo que el Informe de Situación, parece que a los obligados a llevar a cabo el Informe de Situación deberán sumárseles los obligados a elaborar el Informe Preliminar de Situación.

(52) Art. 3.4 RD 9/2005.

(53) La práctica del Departamento de Medio Ambiente del Gobierno Vasco es entender que Informe Preliminar e Informe de Situación son lo mismo. Asimismo, actualmente se entiende que la periodicidad en la que se debe reenviar el Informe Preliminar es de una vez al año (24/01/2011).

grave o leve. En realidad, ni la actual Ley 22/2011 ni la LR derogada hacen en ningún momento referencia al Informe de Situación como documento que, en caso de no entregarse, suponga una infracción. Sin embargo, parece que debe deducirse que entra dentro de la tipificación que se describe. Se establece que el obligado incurrirá en una infracción muy grave cuando al no reenviar el Informe de Situación se estén ocultando o alterando maliciosamente los datos que se exigen para la obtención de autorizaciones, permisos o licencias (54). Se incurrirá en una infracción grave por el incumplimiento de la obligación de aportar información, en el caso de que las consecuencias para la salud de las personas o el medioambiente de la no presentación del Informe de Situación no hubieran sido graves (55). También será una infracción grave si el no envío del Informe Preliminar de Situación supusiese una obstrucción a la actividad inspectora o de control de las Administraciones Públicas (56). Se incurrirá en una infracción leve cuando el envío del Informe de Situación se realice con retraso, cuando el resto de infracciones antes descritas no merezcan ser calificadas de muy graves o graves por su escasa cuantía o entidad, o se realice cualquier otra infracción en la aplicación de la norma (57).

Cuando la información que se solicita en los Informes Preliminar de Situación y en los Informes de Situación haya sido incluida en la documentación adjuntada a la solicitud de la Autorización Ambiental Integrada, las CCAA podrán entender realizados dichos informes (58). La AAI (59) tiene como objetivo la protección del medio ambiente de una forma integral (60). La normativa que desarrolla la AAI toma en cuenta las emisiones de contaminantes que se realizan al agua, a la atmósfera y al suelo, por las instalaciones industriales que se especifican en la Ley que se regula (61). En este sentido, para la obtención de la AAI, se deberá aportar también información relativa a las emisiones que una instalación determinada realiza al suelo (62), información

(54) El art. 46.2.f Ley 22/2011 es la que regula actualmente esta infracción muy grave. Art. 34.2.e) Ley 10/1998.

(55) Actualmente se regula en el Art. 46.3.d Ley 11/2011. Antes en el Art. 34.3.c) Ley 10/1998.

(56) Art. 47.1.b) Ley 22/2011. Anteriormente en el Art. 34.3.h) Ley 10/1998.

(57) Actualmente las infracciones leves se regulan en el artículo 46.4 Ley 22/2011. Anteriormente en el Art. 34.4.b) Ley 10/1998.

(58) Art. 3.6 RD 9/2005.

(59) Ley 16/2002 de 1 de julio de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (IPPC); Real Decreto 509/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

(60) LASAGABASTER HERRATE, GARCÍA URETA y LAZCANO BROTONS (2007: p. 309).

(61) Anejo I Real Decreto 509/2007.

(62) Arts. 11-12 Real Decreto 509/2007.

ésta que debería tener el mismo contenido que la solicitada por la normativa de suelos contaminados. Debe recordarse aquí el derecho de la ciudadanía a no aportar documentos que obren en manos de la Administración Pública. De ahí puede entenderse esta previsión. La normativa básica estatal no hace referencia alguna a la documentación aportada para la solicitud de la LAC. Tal y como ocurre con la AAI, la LAC debe solicitarse cuando se vaya a llevar a cabo alguna actividad potencialmente dañina para el medioambiente (63). Por ello, parece que la información aportada para su solicitud también podría ser similar a la que se solicita para la determinación de la calidad del suelo. Al no mencionarse en la normativa básica estatal, cabe preguntarse si será posible entender realizados los informes de calidad del suelo, en caso de que la información aportada para ello cubriese también el contenido solicitado por la legislación de suelos contaminados (64).

D) Evaluación de riesgos para la salud de las personas y los ecosistemas

La normativa estatal define el concepto de «riesgo» como la «probabilidad de que un contaminante presente en el suelo entre en contacto con algún receptor con consecuencias adversas para la salud de las personas y el medio ambiente» (65). El suelo deberá ser declarado como «suelo contaminado» en función del riesgo que suponga para sus receptores, esto es, para la salud de las personas o para los ecosistemas. De esta definición y del articulado se deduce que los receptores serán las personas y/o el medio ambiente (66). La cantidad de sustancia que supone un riesgo aceptable se ha denominado «Nivel Genérico de Referencia». Este Nivel Genérico de Referencia se ha definido como «la concentración de una sustancia contaminante en el suelo que no conlleve un riesgo superior al máximo aceptable para la salud humana o los ecosistemas y calculada de acuerdo con los criterios recogidos en el Anexo VII» (67). La normativa estatal establece los Nivel Genérico de Referencia de determinadas sustancias para la protección de la salud de las personas (Anexo V) y para los ecosistemas (Anexo VI). Asimismo, se prevén una serie de criterios para la

(63) Arts. 55.1 y 56 Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco.

(64) El decreto gallego hace una referencia a la Licencia de Actividad pero no a los efectos aquí comentados. Se establece que cuando se vaya a solicitar una licencia de actividad para una actividad no sometida a la normativa que regula la autorización ambiental integrada, en primer lugar, se deberá solicitar de forma preceptiva un informe de suelos.

(65) Art. 2.i) RD 9/2005.

(66) Art. 4.1 RD 9/2005.

(67) Art. 2.f) RD 9/2005.

determinación de estos niveles para sustancias que no aparecen relacionadas en los Anexos V y/o VI (68) (Anexo VII). Por tanto, parece que debe entenderse que las listas de Nivel Genérico de Referencia de los Anexos V y VI no son *numerus clausus*. Se tratarían de listados ejemplificativos (69).

En aplicación del RD 9/2005, los emplazamientos que deberán someterse a una «valoración detallada» de los riesgos que podrán suponer para la salud de las personas o del medio ambiente, serán aquellos en los que concurra alguna de las circunstancias que se establecen en el Anexo IV del RD 9/2005 (70). Asimismo, para determinar el sometimiento de un emplazamiento al análisis de riesgos para los ecosistemas, la normativa estatal ha establecido una serie de criterios en el Anexo IV, debiendo concurrir uno sólo de ellos para que surja la obligación de llevar a cabo un análisis de riesgo para la protección de ecosistemas prioritarios (71). El Anexo III recoge los criterios por los que

(68) Apartado 1. c) Anexo IV RD 9/2005.

(69) En la Sentencia 179/2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 14 de Barcelona, de 10 de mayo, Ar. 314463, en la que se resuelve un recurso sobre la conformidad a derecho de una Resolución de la *Conselleria de Medi Ambient i Habitatge* de la *Generalitat de Catalunya*, por la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución por la que se declaraba como suelo contaminado, la parte demandante entendía que como los hidrocarburos que afectaban al terreno declarado contaminado no estaban detallados en los Anexos del RD 9/2005 como Nivel Genérico de Referencia no se estaba ante un suelo contaminado en los términos de la Ley 22/2011. Sin embargo, el Tribunal señala que el propio Anexo III del RD 9/2005 establece de forma expresa que los Niveles Genéricos de Referencia que habrá que tener en cuenta no van a ser sólo los de los Anexos V y VI, sino, los de cualquier otro contaminante (FJ 2). Ciertamente, los Niveles Genéricos de Referencia podrán calcularse en aplicación de los criterios establecidos en el Anexo VII del RD 9/2005.

(70) En concreto, para determinar los emplazamientos que van a requerir una valoración de riesgos por suponer potencialmente un riesgo inaceptable para la salud de las personas van a ser aquellos suelos que: 1) Presenten concentraciones de hidrocarburos totales de petróleo superiores a 50 mg/kg; 2) Existan evidencias analíticas de que 2.a) la concentración de alguna de las sustancias recogidas en el Anexo V exceda del nivel genérico de referencia correspondiente a su uso, actual o previsto; o que 2.b) la concentración de cualquier contaminante químico no recogido en el Anexo V para ese suelo sea superior al nivel genérico de referencia estimado de acuerdo con los criterios establecidos en el Anexo VII. Art. 4.3 RD 9/2005 y Apartado 1. a), b) y c) Anexo IV RD 9/2005.

(71) 1) que la concentración de algunas de las sustancias recogidas en el Anexo VI exceda los Niveles Genéricos de Referencia establecidos en él para el grupo o los grupos de organismos que haya que proteger en cada caso: organismos del suelo, organismos acuáticos y vertebrados terrestres; 2) que existan evidencias analíticas de que la concentración de cualquier contaminante químico no recogido en el anexo VI para ese suelo es superior al nivel genérico de referencia estimado de acuerdo con los criterios establecidos en el anexo VII; y 3) que se compruebe la toxicidad en los bioensayos mencionados en el anexo III.2, con suelo o con lixiviado, en muestras no diluidas Art. 4.2 RD 9/2005 y Apartado 2.a), b) y c) Anexo IV RD 9/2005.

un suelo deberá declararse contaminado. Por tanto, debe aclararse aquí que el Anexo IV establece los criterios para determinar la necesidad de que un emplazamiento sea sometido a una valoración de riesgos. Esto no va a suponer necesariamente que el emplazamiento sea declarado contaminado. Esto es, que deba llevarse a cabo una valoración de riesgos sobre un emplazamiento por superar los Niveles Genéricos de Referencia, no implica que el suelo esté contaminado a efectos de la Ley 22/2011. Una vez se determine la necesidad de llevar a cabo la valoración de riesgos de un emplazamiento por concurrir algunos de los requisitos del Anexo IV, deberá procederse a determinar si el suelo deberá ser declarado contaminado tomando en cuenta los criterios del Anexo III. Estos criterios para determinar la necesidad de elaborar una valoración de riesgos requieren al menos un comentario. Como se ha dicho en los apartados anteriores, los informes de calidad del suelo estatales no requieren análisis cualitativos, esto es, no exigen la realización de muestreos ni análisis químicos del terreno. Por tanto: ¿debe entenderse que es una especie de mandato implícito a que las CCAA requieran la realización de estos muestreos en su normativa de desarrollo dentro del contenido del Informe de Situación o del Informe Preliminar de Situación? Siendo así, parece que debiera establecerse de forma más clara. En la CAPV, como se verá, la elaboración del Informe de Investigación Detallada lleva inherente la realización de una valoración de riesgos. Valoración de riesgos esta que toma como referencia la superación de los Valores Indicativos de Evaluación-B, asimilables a los Niveles Genéricos de Referencia.

El riesgo para las personas se medirá en función de los riesgos para su salud. Se establece que en el caso de la protección de la salud humana «se asume que, para sustancias cancerígenas, una situación de riesgo aceptable es aquella en que la frecuencia esperada de aparición de cáncer en la población expuesta no excede de uno por cien mil casos». Y para el caso de sustancias que producen «efectos sistémicos» (72) será una situación de riesgo aceptable «aquella en que, para cada sustancia, el cociente entre la dosis de exposición a largo plazo y la dosis máxima admisible es inferior a la unidad» (73). Los índices máximos de riesgo previstos para la protección de la salud de las personas se establecen en el Anexo V del RD 9/2005. Asimismo, estos índices del riesgo que toman como base la salud de las personas se dividen en función del uso al que el emplazamiento esté destinado. En este sentido, la normativa estatal divide los índices de riesgo en tres dife-

(72) Efecto sistémico se ha definido como: «de carácter generalizado o que ocurre en distinto lugar de aquel por el que el agente penetró en el cuerpo. Requiere la absorción y distribución del tóxico por el cuerpo». Ver el diccionario on-line del Observatorio de Salud y Medio Ambiente de Andalucía: <http://www.osman.es/ficha/12379>.

(73) Art. 2.i) párrafo II RD 9/2005.

rentes usos: 1) «Uso industrial», que será «aquel que tiene como propósito principal el de servir para el desarrollo de actividades industriales, excluidas las agrarias y ganaderas» (74); 2) «Uso urbano», que se define como «aquel que tiene como propósito principal el de servir para el desarrollo de actividades de construcción de viviendas, oficinas, equipamientos y dotaciones de servicios, y para la realización de actividades recreativas y deportivas» (75); y 3) «Otros usos», definidos como «aquellos que, no siendo ni urbano ni industrial, son aptos para el desarrollo de actividades agrícolas, forestales y ganaderas» (76). Por tanto, el riesgo para la salud de las personas se medirá en función de dichos usos que tendrán en cuenta la exposición a las personas a una sustancia determinada y en determinadas cantidades. Los Niveles Genéricos de Referencia de determinadas sustancias vienen establecidos en el Anexo V para el caso de la protección de la salud de las personas. Teniendo en cuenta que la normativa prevé una serie de criterios para la determinación de los Niveles Genéricos de Referencia en el Anexo VII, ¿debe entenderse que han de revisarse?, ¿debe entenderse que las CCAA deberán fijar como mínimo esos niveles pero que si, según sus datos, estos deben ser más estrictos, deberán reelaborarlos? Lo que sí queda claro es que los criterios del Anexo VII deberán emplearse para determinar los Niveles Genéricos de Referencia de las sustancias presentes en el suelo que no estén recogidas en el Anexo V, ya que se entiende que es un listado ilustrativo (77).

Se define como una situación de riesgo aceptable para los ecosistemas «aquella en que, para cada sustancia, el cociente entre el nivel de exposición, expresado como concentración, y el umbral ecotoxicológico, definido por la concentración máxima para la que no se esperan efectos sobre los ecosistemas, es inferior a la unidad» (78). Los Niveles Genéricos de Referencia para determinadas sustancias en referencia con la protección de los ecosistemas se han recogido en el Anexo VI del RD 9/2005. La normativa estatal distingue tres tipos de ecosistemas para los que prevé Niveles Genéricos de Referencia diferentes: 1) organismos del suelo; 2) organismos acuáticos; y 3) vertebrados terrestres (79). No se establece una definición de dichas categorías. Parece que en función de la vulnerabilidad de cada ecosistema en relación con cada tipo de sustancia se prevé un Niveles Genéricos de Referencia.

(74) Art. 2.b) RD 9/2005.

(75) Art. 2.c) RD 9/2005.

(76) Art. 2.d) RD 9/2005.

(77) Apartado 1.c) Anexo IV RD 9/2005.

(78) Art. 2.i) RD 9/2005.

(79) Anexo VI RD 9/2005. En aplicación del Art. 149.1.23° CE esta potestad de las CCAA se entiende inherente a su competencia en materia medioambiental.

4. Informes complementarios de las CCAA

El RD 9/2005 establece la posibilidad para las CCAA de solicitar una mayor información sobre la situación, características y calidad del suelo. Las Comunidades Autónomas podrán exigir del titular de la actividad o del propietario del suelo, informes técnicos complementarios más detallados, así como «datos o análisis que permitan evaluar el grado de contaminación del suelo» (80). Por tanto, en caso de preverlo así la CA correspondiente, se trataría de otra obligación de los sujetos establecida en la normativa autonómica con referencia expresa en la normativa básica estatal (81). Establece la normativa estatal que la recopilación de esta información «extra» al Informe Preliminar de Situación deberá realizarse, en todo caso, teniendo en cuenta los criterios y estándares que se establecen en el propio RD 9/2005. Se trataría, por tanto, de tener en cuenta los criterios recogidos en el Anexo VIII referidos a la valoración de riesgos ambientales, en relación con el Anexo IV, que establece los criterios para la identificación de suelos que requieren una valoración de riesgos, así como los anexos II, IV, V y V del RD 9/2005 (82). Es evidente que las CCAA no podrán prever criterios o estándares más benévolos para los obligados y, por tanto, menos protectores del medio ambiente y de la salud de las personas. Sin embargo, las CCAA podrán desarrollar el Informe Preliminar de Situación e Informe de Situación en el marco de lo establecido en la normativa estatal. Pero este hecho no impediría que los informes complementarios de las CCAA requirieran unos criterios o estándares superiores, esto es, más protectores, que los previstos en el RD 9/2005.

III. INFORMES DE CALIDAD DEL SUELO DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA VASCA

1. Introducción

Algunas CCAA han desarrollado su propia normativa en el marco de la legislación básica estatal de suelos contaminados. La CAPV ha sido una de ellas, mediante la promulgación de la Ley 1/2005 y el Decreto 199/2006. La Ley 1/2005 establece el deber de las personas físicas o jurídicas poseedoras o propietarias de suelos de conocer la calidad de éstos en determinadas circunstancias (83). Para ello regula la realización de informes obligatorios de calidad del suelo propios de la CAPV. Estos informes se denominan Infor-

(80) Art. 3.3 RD 9/2005.

(81) MIGUEL, *Régimen...*, 2007, p. 97.

(82) MIGUEL [2007: p. 95].

(83) Art. 5 Ley 1/2005.

mes de Investigación Exploratoria e Informes de Investigación Detallada. Estos informes son más exhaustivos, profundos y detallados que los previstos en la normativa básica estatal (84). Los informes vascos, al igual que los estatales, son de naturaleza obligatoria y deberán realizarse cuando se produzca alguno de los hechos que prevé el artículo 17 de la Ley 1/2005. De la lectura de los datos que se han de recoger en estos informes, hace pensar que será difícil que la Administración se aparte de lo en ellos establecido para la formulación de la resolución final que declare la calidad del suelo. Es muestra clara de ello que si la Administración declara el emplazamiento suelo contaminado, en la valoración de riesgos que se incluirá en el Informe de Investigación Detallada deberá reflejarse la existencia de un «riesgo inaceptable para la salud de las personas o del medio ambiente».

Como se decía, el RD 9/2005 impone un deber de información a la Administración sobre datos generales de la actividad, para que ésta pueda conocer sus características y la potencial contaminación del emplazamiento en el que esté sita (85). La normativa vasca va más allá y establece la obligación de informar específica y cualitativamente sobre la «calidad del suelo» (86). Informar sobre la «calidad del suelo» supondrá un mayor esfuerzo al no tratarse de datos de carácter general, debiendo realizarse para su obtención un muestreo y una analítica del suelo. Realizar análisis específicos sobre la calidad del suelo es, sin duda, más gravoso que aportar unos datos generales que, probablemente, sean conocidos incluso por el obligado a suministrar dicha información (87). Puede que por esta razón la normativa estatal no haya previsto la necesidad de acreditar las entidades que lleven a cabo los Informes Preliminares de Situación o los Informes de Situación. Asimismo, la normativa vasca recoge sus propios parámetros de caracterización por los que se entenderá que un suelo está afectado por la contaminación (88) y, en su caso, conlleva un riesgo inaceptable, para la salud de las personas y/o para los ecosistemas. Estos parámetros se denominan Valores Indicativos de Evaluación (VIE) y se recogen en el Anexo I de la Ley 1/2005.

El RD 9/2005 establece que las CCAA podrán recabar una mayor información sobre la situación del suelo cuando así lo estimen oportuno (89). Las CCAA están habilitadas para hacerlo en virtud de sus competencias de desarro-

(84) MIGUEL (2007: p. 143).

(85) Art. 3.1 RD 9/2005.

(86) Art. 6 Ley 1/2005.

(87) MIGUEL (2007: p. 144).

(88) SANTAMARÍA ARINAS (2007: p. 398).

(89) Art. 3.3 RD 9/2005.

llo legislativo y de ejecución en materia medioambiental (90). En atención a la jurisprudencia constitucional la normativa básica estatal ha de tratarse de una regulación de mínimos (91). Mínimos que en todo caso deberán ser respetados por la normativa autonómica (92). Las CCAA podrán prever una protección medioambiental más rigurosa (93). Sin embargo, no podrán en ningún caso ofrecer una protección del medioambiente más laxa que la establecida en la normativa básica estatal (94). La normativa básica estatal introduce un marco mínimo de obligado respeto por todas las administraciones. En este sentido, las CCAA no pueden, en ningún caso: 1) eximir a los obligados a llevar a cabo los informes de calidad estatales; 2) solicitar a los obligados menos información que la prevista en el RD 9/2005; 3) prever un índice de riesgo mayor que la normativa básica o 4) eximir de la realización del análisis de riesgos cuando la normativa estatal establece su elaboración preceptiva.

2. El Informe de Investigación Exploratoria

A) Definición, información y actuaciones que se deben llevar a cabo para la realización del Informe de Investigación Exploratoria y contenido del informe

La Ley 1/2005 define el Informe de Investigación Exploratoria como la «etapa de examen de la calidad del suelo que tiene por objeto comprobar la existencia de concentraciones de sustancias contaminantes que puedan

(90) Art. 149.1.23 CE y Art. 148.1.9º CE.

LASAGABASTER HERRATE, GARCÍA URETA y LAZCANO BROTONS, (2007: p. 116); ORTEGA ÁLVAREZ (2005: p. 106); LOZANO CUTANDA (2004: p.103).

(91) STC 102/1995 de 26 de junio de 1995.

(92) En sus inicios, el TC optó por adoptar una posición mucho más restrictiva para la competencia autonómica de desarrollo. Ver STC 149/1991, de 4 de julio de 1991. Ver, entre otros, LASAGABASTER HERRATE, GARCÍA URETA y LAZCANO BROTONS (2007: p. 115).

(93) LASAGABASTER HERRATE, GARCÍA URETA y LAZCANO BROTONS (2007: p. 116); ORTEGA ÁLVAREZ (2005: p. 106); LOZANO CUTANDA (2004: p.103).

(94) SSTC 196/1996, de 28 de noviembre y 166/2002, de 18 de septiembre por las que se declaran inconstitucionales algunos preceptos de las leyes de Caza del País Vasco y de Murcia respectivamente, por prever un régimen jurídico más permisivo que la normativa básica estatal. En concreto, la ley vasca preveía sanciones muy inferiores a las previstas por la ley básica estatal por la caza y la comercialización de especies amenazadas o en peligro de extinción (exactamente, la ley vasca preveía sanciones de 50.001 a 500.000 pesetas, y la ley básica estatal establecía multas de 10.000.001 a 50.000.000 de pesetas); además, la ley vasca establecía una prohibición de cazar o pescar para los infractores de la norma de hasta 5 años, mientras que la ley básica estatal preveía su prohibición hasta un plazo de 10 años. Por su lado, la ley murciana permitía la comercialización de hasta 10 especies protegidas por la ley básica estatal, así como multas inferiores y plazos de prescripción más cortos de las sanciones administrativas muy graves.

implicar que el suelo esté contaminado» (95). Por tanto, se desprende de la definición que se trata de un primer análisis o acercamiento a la situación de un emplazamiento. Así, cabe preguntarse si no estamos ante lo mismo que un Informe Preliminar de Situación y, si esto es así, si sería posible dar este trámite por cumplido y remitir solamente uno de estos informes al órgano ambiental competente. Sin embargo, y entre otros extremos que posteriormente se dirán, existe principalmente una diferencia entre Informe Preliminar de Situación e Informe de Investigación Exploratoria. El Informe de Investigación Exploratoria exige la realización de un muestreo de la tierra del emplazamiento, por lo que la información que aporte no será exclusivamente genérica sino también cualitativa (96). La investigación exploratoria y la correspondiente elaboración de su informe son elementos privativos de la normativa autonómica vasca (97). Si bien la Ley 22/2011 y el RD 9/2005 obligan de modo indirecto a la realización de muestreos y análisis químicos del emplazamiento para determinar si existe obligación de llevar a cabo una valoración de riesgos. En la CAPV la realización del correspondiente Informe de Investigación Exploratoria, y su envío al órgano ambiental junto con la solicitud de iniciación, es indispensable para dar inicio al procedimiento de declaración de calidad del suelo (98).

La Ley 1/2005 y el Decreto 199/2006 regulan las actividades que se deberán llevar a cabo para recopilar la información necesaria para elaborar el Informe de Investigación Exploratoria. La Ley 1/2005 establece que la realización de una investigación exploratoria ha de comprender, como mínimo, los siguientes trabajos de exploración del suelo: 1) una investigación histórica sobre las actividades desarrolladas sobre el suelo; 2) una recopilación de datos de las características relevantes del medio físico; y 3) una campaña de muestreo y análisis que permita acotar la lista de sustancias contaminantes presentes en la totalidad del suelo objeto de investigación y su posible distribución espacial, indicando su concentración en cada una de las sub-áreas diferenciadas dentro del área de estudio (99). El Decreto 199/2006 en su Anexo II apartado B,

(95) Art. 2.13 Ley 1/2005.

(96) Ver Anexo II. B) D 199/2006 sobre todas las tareas que se deben realizar para la elaboración del Informe de Investigación Exploratoria.

(97) Aunque es un informe privativo de la CAPV, el Decreto gallego también emplea el concepto de investigación exploratoria para referirse a una de las fases que podrán llevarse a cabo al realizar una «investigación analítica», para la determinación de la calidad del suelo. En base a la normativa gallega, esta fase de investigación exploratoria sólo será necesaria realizarla si no se tiene información cuantitativa y cualitativa suficiente referente a la contaminación de un suelo. En caso de tener esa información, por estar ya recogida en otros informes (Informe Preliminar, Informe de Situación, la Autorización Ambiental Integrada), esa fase no será necesaria llevarla a cabo, pudiendo pasar directamente a la investigación detallada.

(98) Art. 19 Ley 1/2005.

(99) Art.12 Ley 1/2005.

regula pormenorizadamente estas labores de análisis que llevarán a cabo las entidades acreditadas (100). Tras la realización de la investigación exploratoria, se deberá realizar el Informe de Investigación Exploratoria con el contenido mínimo establecido en la Ley 1/2005 (101).

B) Efectos del incumplimiento del deber de elaborar los Informes de Investigación Exploratoria

La Ley 1/2005 establece que los sujetos obligados deberán remitir el Informe de Investigación Exploratoria al órgano ambiental a la vez que soliciten el inicio del procedimiento (102). El principal efecto que supondría la no realización de dicho informe sería la imposibilidad de iniciar el procedimiento de declaración de calidad del suelo (103). Se otorgaría a los interesados un plazo de subsanación de 10 días, prorrogable por 5 días más, para la entrega del informe. En caso de no proceder a la remisión del Informe de Investigación Exploratoria en ese plazo se tendrá por desistido al interesado (104). Por tanto, éste deberá solicitar de nuevo el inicio del procedimiento. El Informe de Investigación Exploratoria se trata de un documento de importancia, junto con la información recogida en el resto de informes, para la resolución del procedimiento. Si la Administración no requirió la subsanación del escrito de inicio del procedimiento no podrá no resolver basándose en la falta de dicho

(100) En lo que se refiere a la normativa de desarrollo de otras CCAA, la legislación gallega contempla la misma idea sobre la investigación exploratoria, entendiendo ésta como un primer acercamiento a la situación de calidad ambiental del suelo. Por ello, especifica que si estos datos se pueden obtener de otros informes, se podrá ir directamente a la fase de investigación detallada. La normativa vasca no dice nada a este respecto. Sería positivo una previsión en este sentido para, en su caso, evitar realizar lo mismo dos veces. En el mismo sentido, la normativa gallega establece como finalidad de la fase de investigación exploratoria la determinación del «alcance cualitativo y cuantitativo de la contaminación, definiendo el origen y naturaleza del foco de contaminación, los vectores de transferencia y los objetos a proteger, a partir de un trabajo experimental «in situ» de la localización investigada». Asimismo, establece que esta fase deberá comprender una serie de muestreos de suelos, sedimentos, residuos y/o de aguas.

(101) 1) una descripción de los objetivos de la investigación exploratoria; 2) un resumen de la información recopilada en la investigación histórica y en el estudio del medio físico; 3) una descripción y justificación de la estrategia de investigación utilizada; 4) los resultados de la investigación; 5) la interpretación de los resultados de la investigación exploratoria; 6) compatibilidad del suelo en relación con el uso actual y, en su caso, el uso previsto; 7) las medidas a adoptar en función de los resultados de la investigación; y, finalmente, 8) las conclusiones de la investigación —Art. 13 Ley 1/2005—. El contenido de este informe se desarrolla de forma muy exhaustiva en el Anexo II, apartado B. VIII del Decreto 199/2006.

(102) Art. 19 Ley 1/2005.

(103) La Ley vasca no prevé la posibilidad de iniciación de oficio.

(104) Art. 71.1 y 71.2 Ley 30/92.

informe. Puede pensarse que la emisión de la resolución de declaración de calidad del suelo sin la aportación de este informe al expediente sería nula si se mostrase que concurrió indefensión para el interesado (105). Sin embargo, al tratarse de un informe de aportación obligatoria por parte del interesado ¿podría considerarse indefensión de éste una omisión de un deber propio? De hecho, en el supuesto de que los sujetos obligados no realicen las labores de investigación exploratoria, la Ley 1/2005 prevé asimismo importantes sanciones (106). Incurrirán en una infracción muy grave aquellos sujetos obligados a elaborar el Informe de Investigación Exploratoria y que no lo lleven a cabo (107).

3. El Informe de Investigación Detallada

A) Definición, finalidades y contenido de la investigación detallada

La investigación detallada se llevará a cabo tras haber contrastado los resultados de la investigación exploratoria con los Valores Indicativos de Evaluación-B, y sólo en el caso de que éstos hayan superado dichos valores. En aplicación de la normativa vasca, el Informe de Investigación Detallada será el segundo informe que, en su caso, será obligatorio realizar e incluir en la solicitud de inicio del procedimiento de declaración de calidad del suelo (108). Debido a los datos que aportará al procedimiento será una prueba de extrema importancia para la resolución de calidad del suelo, ya que va a contener la valoración del riesgo sobre la salud de las personas y el medio ambiente. Por tanto, va a determinar si la contaminación presente en un emplazamiento crea o no un riesgo inaceptable para la salud de las personas o del medio ambiente.

La normativa vasca define la investigación detallada como la «etapa de examen de la calidad del suelo cuya finalidad es *valorar el riesgo* para la salud de las personas, o el medio ambiente derivado de la presencia en el

(105) Sobre esta cuestión de Derecho Administrativo general véase, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011: p. 511); GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS (2008: p. 324).

(106) Art. 46 c), en relación con el art. 41 d) Ley 1/2005.

(107) Art. 41.d) Ley 1/2005. La sanción prevista para una infracción muy grave como la descrita podrá ser: multa de 240.001 a 1.202.000 €; la clausura definitiva, total o parcial de las instalaciones; el cese definitivo de las actividades y la clausura temporal de las instalaciones no superior a tres años Art. 46.c) Ley 1/2005.

(108) La realización de la investigación detallada se recoge también en el Decreto gallego, previendo un contenido similar al establecido en la normativa vasca. La norma establece que se deberá llevar a cabo «un muestreo suficiente que permita la caracterización del tipo, concentración y distribución de las sustancias contaminantes en el suelo, tanto en superficie como en profundidad. Ver Art. 8.2 b) Decreto 60/2009.

mismo de sustancias contaminantes» (109). Asimismo, se señala que dicha valoración del riesgo se hará en función del uso del suelo actual o del uso que tenga previsto para un futuro. Tal y como se establece en la definición, la finalidad de la realización de una investigación detallada es la determinación del riesgo que la presencia de sustancias contaminantes en un suelo puede conllevar para la salud de las personas o para el medio ambiente. En concreto, la realización de una investigación detallada permitirá, por un lado, la delimitación del tipo, concentración y distribución de las sustancias contaminantes en un emplazamiento y en el resto de los medios que puedan verse afectados por dicha contaminación (110). Por otro lado, determinará la cuantificación de los riesgos para la salud de las personas y el medio ambiente derivados de la presencia de sustancias contaminantes. Por tanto, la realización de la Investigación Detallada lleva inherente la elaboración de una evaluación de riesgos a cargo del obligado, obligación establecida también en la normativa estatal para aquellos supuestos en los que la Administración competente tenga sospechas de que un suelo esté contaminado por superar los Niveles Genéricos de Referencia (111).

La Ley 1/2005 obliga a realizar la valoración de riesgos siempre que los niveles Valores Indicativos de Evaluación-B sean superados. El «análisis de riesgos» se define en la Ley 1/2005 como el «proceso de identificación, medida y comparación de diversos parámetros, mediante el cual se analizan y caracterizan los riesgos que la presencia de determinadas sustancias en el suelo puede suponer para la salud de las personas y el medio ambiente» (112). La evaluación de riesgos es de gran importancia para la declaración de calidad del suelo en tanto que según los riesgos para la salud de las personas o del medio ambiente sean aceptables o inaceptables, el suelo se calificará como no alterado, alterado o contaminado respectivamente (113). Si no existe un riesgo inaceptable para las personas o el medio ambiente, el emplazamiento no será declarado como suelo contaminado, incluso aunque se superen los Valores Indicativos de Evaluación-B o los Niveles Genéricos de Referencia.

Los trabajos para la realización de la investigación detallada se establecen de forma general en la Ley 1/2005 (114) y de forma detallada en

(109) Art. 2.4 Ley 1/2005.

(110) Art. 15.1 Ley 1/2005.

(111) Art. 4. 3 RD 9/2005.

(112) Art. 2. 7 Ley 1/2005.

(113) Arts. 2.2 y 2.3 Ley 1/2005.

(114) La Ley 1/2005 prevé que la investigación detallada incluya los siguientes exámenes o estudios del suelo: 1) una o varias campañas de toma de muestras y análisis químicos; 2) un estudio exhaustivo del medio físico y humano; y 3) un análisis de riesgos cuyo contenido mínimo deberá tener en cuenta los aspectos que se recogen en el Anexo III.

el Anexo II apartado B del Decreto 199/2006. Parece que debe entenderse que este análisis de riesgos es lo mismo que la evaluación de riesgos prevista en la Ley 22/2011 y en el RD 9/2005 (115). La Ley 1/2005 obliga a su realización además de en los casos establecidos en el RD 9/2005 (116) en otros supuestos. Asimismo, la Ley 1/2005 establece la información mínima que deberá contener el informe final de la investigación detallada (117).

B) Los Valores Indicativos de Evaluación y el análisis de riesgos para la salud de las personas o de los ecosistemas

La Ley 1/2005 establece su propio sistema de estándares de calidad del suelo denominados Valores Indicativos de Evaluación (118). Éstos se asimilan a los Niveles Genéricos de Referencia establecidos en la normativa estatal. La Ley 1/2005 los define como aquellos «valores referentes a concentraciones de sustancias químicas que se especifican en el Anexo I de esta Ley, o para otras sustancias químicas obtenidos de acuerdo con el método que se establezca reglamentariamente que constituyen el sistema de estándares del suelo» (119). Los Valores Indicativos de Evaluación previstos en el Anexo I de la Ley 1/2005 se distinguen entre: 1) Valores Indicativos de Evaluación A (VIE-A), que indican las concentraciones que en situaciones normales se encuentra una sustancia en el suelo (120); 2) Valores Indicativos de Evaluación B (VIE-B), que indican cuándo el grado de concentración de una sustancia se entiende superior a lo normal y, por ello, el suelo está alterado y, posiblemente, contaminado (121). Asimismo, se especifica que estos valores se definen para los distintos tipos de uso del suelo; y 3) Valores Indicativos de Evaluación C (VIE-C), que indican cuándo la concentración de una sustancia indica que el suelo está contaminado

(115) Art. 27.1 Ley 10/1998 de Residuos y art. 4 apartados 3 y 4 del RD 9/2005.

(116) Ver anexo IV RD 9/2005.

(117) 1) un resumen de los resultados de la anterior investigación exploratoria; 2) una descripción de los objetivos de la investigación detallada; 3) una descripción y justificación de la estrategia que se ha llevado a cabo en la investigación; 4) una descripción de las características del suelo analizado; 5) una descripción detallada del funcionamiento hidrogeológico del emplazamiento; 6) los resultados de las campañas de muestreo realizadas y los análisis químicos; 7) la interpretación de los resultados de la investigación detallada; 8) la evaluación de riesgos y la interpretación de sus resultados; 9) la compatibilidad del suelo en relación con el uso actual y/o el uso previsto; 10) los objetivos de la recuperación: concentraciones de contaminantes aceptables; 11) las medidas que permitan la compatibilidad de la calidad del suelo con el uso actual y/o previsto; y 12) las conclusiones de la investigación.

(118) Anexo I Ley 1/2005. Recuérdese que la normativa estatal los denomina Niveles Genéricos de Referencia.

(119) Art. 2.4 Ley 1/2005.

(120) Art. 2.4.a Ley 1/2005.

(121) Art. 2.4.b Ley 1/2005.

sin necesidad de realizar un análisis de riesgos (122). Los Valores Indicativos de Evaluación no se entienden sin el análisis de riesgos. Estos valores son precisamente los índices que se tendrán en cuenta en la evaluación del riesgo que deberá llevarse a cabo para aquellos emplazamientos que superen los Valores Indicativos de Evaluación –B. Sobre estos emplazamientos deberá, asimismo, realizarse el Informe de Investigación Detallada. El análisis de riesgos es una parte obligatoria del Informe de Investigación Detallada. El desarrollo para la determinación de estos índices respecto de otras sustancias para la protección de la salud humana y de los ecosistemas se ha llevado a cabo por el Decreto 199/2006 (123).

La normativa vasca prevé un listado de Valores Indicativos de Evaluación para la protección de la salud de las personas y de los ecosistemas en el Anexo I de la Ley 1/2005. En concreto, la normativa los denomina Valores Indicativos de Evaluación-B, para diferenciarlos de los valores normales de presencia de las sustancias en el suelo (VIE-A), y de los valores que exceden en mucho los Valores Indicativos de Evaluación –B, esto es, los Valores Indicativos de Evaluación –C (124). Los Valores Indicativos de Evaluación –B establecidos para la protección de la salud humana se dividen en cinco diferentes categorías: 1) uso industrial; 2) parque público; 3) uso urbano; 4) área de juego infantil; y 5) otros usos. Los Valores Indicativos de Evaluación para la protección de los ecosistemas se clasifican en función de tres diferentes categorías: 1) organismos del suelo; 2) organismos acuáticos; y 3) vertebrados terrestres. No se definen ninguna de estas categorías.

Por tanto, los datos del Informe de Investigación Exploratoria deberán chequearse con los Valores Indicativos de Evaluación –B. En el supuesto de que los resultados del Informe de Investigación Exploratoria indicasen la superación de los Valores Indicativos de Evaluación –B para el uso al que esté o vaya a estar destinado el suelo, o supere el nivel para la protección del ecosistema concreto —organismos del suelo, organismos acuáticos o vertebrados terrestres— se deberá proceder a realizar el Informe de Investigación Detallada que conlleva la realización de un análisis de riesgos (125). *Sensu* contrario, si un suelo no supera los niveles previstos para su uso de acuerdo con los Valores Indicativos de Evaluación –B, la investigación exploratoria sería suficiente a los efectos de esta Ley, por entenderse que ese suelo no está alterado y, por tanto, tampoco contaminado. En este sentido, tampoco se llevaría a cabo un análisis de riesgo. Asimismo, la normativa establece que no se llevará a cabo

(122) Art. 2.4.c Ley 1/2005.

(123) Apartado C.IV. Anexo II Decreto 199/2006

(124) Como se verá, cuando se superen los VIE-C no será necesario llevar a cabo un análisis de riesgos para declarar un suelo como contaminado (Art. 2.4.c Ley 1/2005).

(125) Art. 14 Ley 1/2005.

un análisis de riesgo para el caso de que se superasen los niveles de Valores Indicativos de Evaluación-C para la protección de los ecosistemas (126). Sin embargo, no se especifican cuáles son esos niveles. No se ha elaborado una tabla como las establecidas para los Valores Indicativos de Evaluación –A y Valores Indicativos de Evaluación –B para los Valores Indicativos de Evaluación –C. Si el emplazamiento supera los Valores Indicativos de Evaluación –C significará que éste sufre un grado de contaminación tan alto que puede darse por probado que se está ante un suelo contaminado.

La Ley 1/2005 define el análisis de riesgos como aquel «proceso de identificación, medida y comparación de diversos parámetros, mediante el cual se analizan y caracterizan los riesgos que la presencia de determinadas sustancias en el suelo puede suponer para la salud de las personas y del medio ambiente» (127). Como se ha dicho anteriormente, el análisis de riesgos deberá llevarse a cabo para todos los emplazamientos que superen los Valores Indicativos de Evaluación –B. O, lo que es lo mismo, para todos los emplazamientos sometidos a la realización del Informe de Investigación Detallada (128). El contenido mínimo que el análisis de riesgos deberá desarrollar se establece en el Anexo III de la Ley 1/2005. Se trata de un anexo muy escueto en el que poco más se hace que mencionar la necesaria realización de: 1) un análisis de la peligrosidad o toxicidad del emplazamiento; 2) un análisis de la exposición, esto es, de la tasa de contacto de los objetos expuestos a las sustancias contaminantes; y 3) un análisis de riesgos integrando los datos obtenidos en los dos apartados anteriores (129). Esta brevísima descripción se desarrolla en el Decreto 199/2006 en su apartado C.IV. del Anexo II. Este apartado se encuadra dentro del desarrollo de la elaboración del Informe de Investigación Detallada como parte integrante de ésta. El desarrollo es extremadamente minucioso. En él se indican las actividades concretas que las entidades acreditadas deberán llevar a cabo para la realización de este análisis.

C) Efectos del incumplimiento del deber de elaborar los Informes de Investigación Detallada

La Ley 1/2005 establece que, cuando proceda, los sujetos obligados deberán remitir el Informe de Investigación Detallada al órgano ambiental a la vez que soliciten el inicio del procedimiento (130). El principal efecto que

(126) Art. 2.4.c) Ley 1/1005.

(127) Art. 2.7 Ley 1/2005.

(128) Arts. 14 y 15 Ley 1/2005.

(129) Anexo III Ley 1/2005.

(130) Art. 19 Ley 1/2005.

supondría la no aportación de este informe en la solicitud sería la imposibilidad de iniciar el procedimiento de declaración de calidad del suelo. El órgano ambiental deberá otorgar al interesado un plazo de 10 días, prorrogable por 5 días más, para la subsanación de la solicitud. En caso de que el Informe no fuera remitido en dicho plazo, se consideraría desistido al interesado, debiendo incoar de nuevo el inicio del procedimiento (131). Si la Administración no requiriese la subsanación, posteriormente no podría abstenerse de dictar resolución basándose en la no aportación de dicho informe. Para el caso de que los sujetos obligados no realicen las labores de investigación detallada cuando exista esa obligación, la Ley 1/2005 prevé importantes sanciones (132). Así, incurrirán en una infracción muy grave aquellos sujetos obligados a elaborar el Informe de Investigación Detallada y que no lo lleven a cabo (133).

4. Disposiciones comunes a los Informes de Investigación Exploratoria y Detallada

A) Sujetos obligados a remitir los informes de investigación exploratoria y, en su caso, detallada al órgano ambiental

El Anexo II de la Ley 1/2005 relaciona las actividades o instalaciones potencialmente contaminantes del suelo (134). Sobre todos los emplazamientos de la CAPV que soporten, vayan a soportar o hayan soportado alguna de estas actividades o instalaciones, deberá realizarse el correspondiente Informe de Investigación Exploratoria y, en su caso, Informe de Investigación Detallada. Asimismo, deberá informarse al órgano ambiental si sobre un emplazamiento se detecten sustancias contaminantes, con independencia de que soporten o no actividades o instalaciones del Anexo II (135). La Administración podrá instar de oficio a los titulares de dichos emplazamientos para que elaboren los informes y así dar inicio al procedimiento de declaración de calidad del suelo (136). La Ley 1/2005 no establece directamente un listado de los sujetos obligados a la elaboración de sus informes preceptivos. Sin embargo, establece que los promotores de las actividades de su artículo 17.1 deberán remitir los Informes de Investigación Exploratoria y, en su caso, de Informe de

(131) Art. 71.1 y art. 71.2 Ley 30/92.

(132) Art. 46 c), en relación con el art. 41 d) Ley 1/2005.

(133) Art. 41.d) Ley 1/2005. Las sanciones se prevén en el art. 46.c) Ley 1/2005.

(134) Relación de actividades muy similar a la del Anexo I del RD 9/2005 en referencia a la realización de los Informes Preliminares y los Informes de Situación. Una diferencia es que en la normativa vasca, además de «actividades», se incluyen «instalaciones».

(135) Art. 10.1 Ley 1/2005.

(136) Art. 17. 6 Ley 1/2005.

Investigación Detallada para dar inicio al procedimiento. Por tanto, de forma indirecta pueden deducirse quiénes son los sujetos obligados a la elaboración de dichos informes: 1) los solicitantes de licencias de actividades o instalaciones potencialmente contaminantes. Cuando se vaya a llevar a cabo una actividad o a establecer una instalación de las especificadas en el Anexo II de la Ley 1/2005, o se vaya a realizar una ampliación de una actividad en un suelo que haya soportado o soporte una actividad potencialmente contaminante del Anexo II de la Ley 1/2005, la persona física o jurídica solicitante de la licencia deberá elaborar el Informe de Investigación Exploratoria y, en su caso, el Informe de Investigación Detallada y remitirlos al órgano ambiental (137); 2) los solicitantes de licencias para ejecución de proyectos de movimientos de tierras. La persona física o jurídica que solicite una licencia para proceder a la ejecución de un proyecto de movimiento de tierras, en un emplazamiento que haya soportado una instalación o actividad potencialmente contaminante del Anexo II de la Ley 1/2005 y que actualmente se encuentre inactivo, deberá elaborar el Informe de Investigación Exploratoria y, en su caso, el IID (138); 3) el titular de una actividad contaminante del suelo que vaya a proceder a su cese definitivo. La persona física o jurídica titular de una actividad potencialmente contaminante que vaya a cesar su actividad (139), deberá elaborar los informes previstos en la Ley 1/2005; 4) el ayuntamiento que promueva un cambio de calificación en un suelo que haya soportado o soporte una actividad o instalación potencialmente contaminante, deberá llevar a cabo el Informe de Investigación Exploratoria y, en su caso, el Informe de Investigación Detallada y remitirlos al órgano ambiental para que se inicie el correspondiente procedimiento de declaración de calidad del suelo (140); y 5) los titulares o poseedores de suelos. Cuando se tengan indicios fundados de la existencia de sustancias contaminantes en un suelo, con independencia de que soporten o no actividades o instalaciones potencialmente contaminantes del suelo del Anexo II de la Ley 1/2005, las personas físicas o jurídicas poseedoras o propietarias de los suelos deberán informar de dicha afección al órgano ambiental (141). No se especifica en la Ley si se deberán realizar en este caso el Informe de Investigación Exploratoria y, en su caso, el Informe de Investigación Detallada, o si será suficiente con informar al órgano ambiental mediante otro sistema. Se entiende que en estos casos la Administración de oficio podrá requerir a

(137) Art.17.1,a) en relación con el art. 17.4 Ley 1/2005. Y la definición de actividades o instalaciones potencialmente contaminantes según art. 2.5 Ley 1/2005.

(138) Art.17.1,b) Ley 1/2005

(139) Art. 17.1. c) Ley 1/2005.

(140) Art. 17.1. d), en relación con el art. 17.5 ley 1/2005

(141) Art. 10.1 Ley 1/2005.

los titulares o poseedores del emplazamiento potencialmente contaminado la elaboración de dichos informes.

B) Actividades e instalaciones potencialmente contaminantes del suelo

Las actividades e instalaciones potencialmente contaminantes del suelo en la normativa vasca se relacionan en el Anexo II de la Ley 1/2005. Las actividades e instalaciones listadas conectan con el deber de elaborar los informes de calidad del suelo de diversas formas, esto es: 1) el solicitante de una autorización o licencia para llevar a cabo una actividad del Anexo II; 2) los sujetos que soliciten la autorización para la ejecución de un proyecto de movimiento de tierra en un emplazamiento en el que haya estado ubicada una actividad o instalación del Anexo II; 3) el titular de una actividad o instalación del Anexo II que vaya a cesar definitivamente; y 4) el ayuntamiento que vaya a cambiar de calificación del uso del suelo a un emplazamiento que haya soportado alguna de las actividades o instalaciones del Anexo II. Sólo uno de los supuestos en los que se crea la obligación de elaborar los informes de la normativa vasca no está en conexión con las actividades e instalaciones potencialmente contaminantes del suelo establecidas en el Anexo II. Este es el caso en el que la Administración Pública, cuando existan indicios fundados de la existencia de contaminantes en un emplazamiento, y previa resolución fundada del órgano ambiental, podrá instar a los obligados a iniciar un procedimiento de declaración de calidad del suelo. Y ello con independencia de que se hubiera llevado a cabo una actividad o se hubiera ubicado en él una instalación potencialmente contaminante del suelo de los establecidos en el Anexo II de la Ley 1/2005 (142).

IV. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA COMPARATIVA DE LOS DISTINTOS INFORMES

En el ámbito territorial de la CAPV la normativa prevé la elaboración de cuatro informes para la determinación de la calidad del suelo. De esos cuatro informes, dos están previstos en la normativa básica estatal y otros dos en la normativa autonómica vasca. Es posible que los obligados a realizar los informes de la normativa vasca no estén obligados a elaborar los informes de la normativa básica. Esto puede ocurrir porque la norma autonómica es más protectora, es decir: 1) porque recoge un mayor número de actividades potencialmente contaminantes; o 2) porque establece un mayor número de

(142) Art. 17.6 Ley 1/2005.

sujetos obligados. Según lo analizado, también sería posible que los obligados a llevar a cabo los informes estatales no estuvieran obligados a elaborar los informes vascos. Esto ocurriría cuando: 1) una actividad potencialmente contaminante no esté prevista en la normativa vasca pero sí en la normativa básica; y 2) un sujeto está obligado en aplicación de la normativa básica y no en virtud de la normativa autonómica. Esta situación supondría una vulneración de la normativa básica. La normativa básica es una normativa de mínimos que siempre deberán respetar las CCAA. El problema en sí mismo no es el hecho de que no se obligue a elaborar los informes vascos cuando es obligatorio elaborar los informes estatales. Los informes estatales se llevarán a cabo en todo caso en aplicación directa de la Ley 22/2011 y del RD 9/2005. El problema deviene cuando se tiene en cuenta que para el procedimiento de declaración de calidad del suelo en la normativa estatal se ha fijado como base los Informes Preliminares de Situación y los Informe de Situación, y en el procedimiento de declaración de calidad del suelo en la CAPV se establece como requisito *sine qua non* la elaboración de los Informes de Investigación Exploratoria y, en su caso, Informe de Investigación Detallada. En estos casos debe entenderse que deberá iniciarse un procedimiento de calidad del suelo, por lo que también deberán elaborarse los informes de la normativa vasca aunque en aplicación de su normativa de desarrollo no exista obligación. Salvo que se entienda que en esos casos el procedimiento de declaración de calidad del suelo puede comenzarse si la necesidad de elaborar los informes de la normativa vasca. Sin embargo, esta última interpretación no se entiende acertada. La norma básica establece el deber de declarar el suelo contaminado sin desarrollar el procedimiento, dejando dicho desarrollo a las CCAA. Si la normativa vasca de desarrollo establece el deber de elaborar los Informes de Investigación Exploratoria e Informe de Investigación Detallada para la declaración de suelo contaminado, cuando surja el deber de dar comienzo a un procedimiento de estas características en aplicación de la norma básica de forma directa, se entenderá que los Informes de Investigación Exploratoria e Informe de Investigación Detallada deberán realizarse como si el procedimiento debiera iniciarse por aplicación de la norma vasca en exclusiva o por la aplicación de ambas normas por preverse el mismo supuesto.

Por otro lado, dado que en los índices de riesgo para la salud de las personas y para los ecosistemas se han encontrado diferencias, también puede plantearse cierta problemática. La Administración de la CAPV no declarará un suelo como contaminado cuando el riesgo, bien sea para las personas, bien sea para los ecosistemas, no supere los índices máximos establecidos. La normativa básica ha recogido mayor número de sustancias e índices de riesgo máximo que la normativa vasca. La declaración de calidad de suelo en la CAPV deberá tener en cuenta y aplicar la normativa básica directamente para estos casos que no están previstos en su normativa de desarrollo.

El Informe de Situación no se ha desarrollado ni en la normativa básica ni en la normativa de desarrollo autonómica. Esto supone una importante inseguridad jurídica para los potenciales obligados a elaborarlos. Asimismo, el plazo de realización de cada informe no se establece. El Informe Preliminar de Situación deberá llevarse a cabo cada dos años. Sin embargo, no se especifica el *dies a quo*. El Informe de Situación deberá ser un informe periódico, pero no se establece su periodicidad. Los Informes de Investigación Exploratoria e Informes de Investigación Detallada deberán llevarse a cabo cada 8 años, pero no se establece cuándo deberán elaborarse a partir de que surja la obligación de su realización. Todas estas lagunas dejan a los obligados a elaborar los informes de calidad del suelo en una importante situación de inseguridad jurídica.

V. BIBLIOGRAFÍA

- COLOMER MARCO, Joan Carles (2005), «La declaración de suelos contaminados en el marco legislativo español: aspectos técnicos», *Ecosostenible*, n° 4, pp. 30-41.
- FRUCTUOSO BAREA, Luis (2009), «La contaminación de suelos en el marco de la Ley de Responsabilidad Ambiental», *Ecosostenible*, n° 48, pp. 29-35.
- GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2008), *Manual básico de Derecho Administrativo*, 5ª edición, Tecnos, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2011), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 12ª edición, Cívitas, Madrid.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1994), *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Cívitas, Madrid, p. 977.
- IHOBE (2009), *Procedimiento para la elaboración del informe preliminar de la situación de un suelo*, Departamento de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio del Gobierno Vasco, Bilbao.
- LASAGABASTER HERRATE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín; LAZCANO BROTONS, Iñigo (2007), *Derecho Ambiental. Parte General*, LETE, Bilbao.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1993), *Informes jurídicos sobre protección de la naturaleza en Aragón*, Gobierno de Aragón, Departamento de Agricultura, Ganadería y Montes, Zaragoza.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2004), *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid.
- MIGUEL PERALES, Carlos de (2007), *Régimen jurídico español de los suelos contaminados*, Cívitas, Cizur Menor.

- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (2005), «La organización administrativa del medio ambiente», en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, 4ª edic., Lex Nova, Valladolid, pp. 87-118.
- PADRÓS REIG, Carlos (2013), «Los suelos históricamente contaminados: comentario de algunas resoluciones jurisprudenciales recientes», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 24, pp. 55-80.
- RIPOLL MARTÍNEZ DE BEDOYA, María Dolores (2002), «Instrucción del procedimiento», en AYALA MUÑOZ, José María, GARCÍA GONZÁLEZ DE MERCADO, Francisco, GUTIÉRREZ DELGADO, José Manuel y otros, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 505-559.
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier (2010), «Residuos», en LASAGABASTER HERRATE, Iñaki (Director), *Derecho Ambiental Parte Especial II. Productos Químicos, Transgénicos, residuos, Contaminación electromagnética*, 2ª edición, LETE, Bilbao, pp. 399-546.
- TARRÉS VIVES, M. (1998), «Los sujetos privados en la gestión y auditoria medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la UMWELTAUDITGESETZ alemana», *Revista de Administración Pública*, nº 115, pp. 503-542
- VARGA PASTOR, Aitana de la (2012), *El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados. Adaptado a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados*, La Ley, Madrid.

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA ARAGONESA ANTE EL ATROPELLO DE ESPECIES CINEGÉTICAS (*)

DIANA LÁZARO LAGUARDIA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ANTECEDENTES NORMATIVOS: 1. Derecho común: A) Derecho Civil. B) Derecho Administrativo. 2. Derecho aragonés.– III. REGULACIÓN ACTUAL Y DOCTRINA JUDICIAL.– IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O RESPONSABILIDAD EX LEGE DE LA ADMINISTRACIÓN: ALCANCE DE LA DIFERENCIA.– V. TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y DOCTRINA JUDICIAL.– VI. CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar y exponer la responsabilidad de la Administración autonómica aragonesa ante el atropello de especies cinegéticas, no sólo tomando como base la regulación que contiene la legislación aplicable en la materia, sino también teniendo muy en cuenta la doctrina judicial expedida principalmente por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza, la cual ayuda a completar e interpretar los conceptos clave que recoge dicha normativa. Para realizar un estudio completo, analizaremos la evolución legislativa sobre la materia, la naturaleza de dicha responsabilidad, e incluso nos acercaremos a la tramitación de este tipo de expedientes administrativos y las incidencias a las que se ven sometidos.

Palabras clave: responsabilidad; especie cinegética; doctrina judicial; expediente administrativo.

ABSTRACT: This work has the object to analyze and expose the responsibility of the regional government of Aragon to the outrage of hunting species, not only based on the regulation of the applicable law but also taking into account the judicial doctrine issued mainly by the Courts of Administrative Litigation of Zaragoza, which helps to complete and interpret the key concepts that collects the applicable law. For a complete study, we will discuss legislative developments on the subject, the nature of this responsibility, and even we will expose, without being exhaustive, the processing of this type of administrative records and incidents to which they are subjected.

Key words: responsibility; hunting species; judicial doctrine; administrative record.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 20 de junio de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 10 de octubre de 2014.

I. INTRODUCCION

La irrupción de animales en la calzada provoca miles de accidentes en las carreteras (1). Esta clase de accidentes pueden dar lugar a una reclamación indemnizatoria frente a la Administración autonómica (2) por daños materiales y personales.

Y además de los daños a vehículos y personas, no es desdeñable el número de animales que mueren en estos accidentes. En los cerca de 140.000 kilómetros de carreteras del territorio español, se recogen unos 1.000 animales atropellados diariamente, siendo jabalíes y los corzos los animales silvestres que más accidentes causan (3).

Con la exposición de esta realidad queremos acercar la incidencia de estos accidentes en las carreteras convencionales aragonesas, de ahí que hayamos escogido la responsabilidad de la Administración autonómica por el atropello de especies cinegéticas en dichas carreteras como objeto del presente estudio.

Abordaremos la exposición desde los orígenes de la regulación de la materia, cuyo sustrato lo encontramos en el derecho civil, para poder exponer a continuación la actual legislación administrativa, la cual ha sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales de los tribunales *a quo*, cuya doctrina judicial también analizaremos, centrándonos en la expedida por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza. Trazado el panorama general de la configuración de este tipo de responsabilidad, no podemos dejar de analizar su naturaleza, que se debate entre naturaleza patrimonial y naturaleza *ex lege*. Además, descenderemos a la tramitación del expediente administrativo y las incidencias a las que se ve sometido, las cuales obtienen su reflejo en la doctrina judicial que también analizaremos. Por último, finalizaremos con unas someras conclusiones que aglutinan las ideas principales de la exposición.

(1) Durante el año 2011, más de 17.000 accidentes en España. Aragón en concreto, ha sufrido 1.042 accidentes de tráfico provocados por animales. La mayoría de estos fueron provocados por especies cinegéticas, en concreto, por jabalí (663 accidentes) —www.heraldo.es (1 de junio de 2012)—.

(2) En el año 2013, se han presentado frente al Instituto Aragonés de Gestión Ambiental, más de 800 reclamaciones, lo que ha supuesto un desembolso de más de 900.000 euros.

(3) *Revista de tráfico y seguridad vial*, nº 213/2012, págs. 35 a 37, www.dgt.es.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La actual regulación administrativa estatal y aragonesa de la responsabilidad por daños causados por el atropello de especies cinegéticas, encuentra su punto de origen en el derecho privado común, y por ello vamos a comenzar con éste la exposición.

1. Derecho común

A) Derecho civil

El derecho civil ha servido de punto de partida para llegar hasta la actual regulación administrativa. El Código Civil, en cuanto a lo que interesa al presente estudio, contempla formalmente como supuestos específicos de responsabilidad genérica civil por daños extracontractuales (ex artículo 1.902), aquellos causados por animales a los bienes jurídicos de los distintos sujetos de derecho (artículos 1.905 y 1.906).

El artículo 1.905 (4) regula el régimen de responsabilidad extracontractual por daños causados por los animales en posesión del hombre, una responsabilidad que se ha entendido de naturaleza objetiva (5).

La responsabilidad del artículo 1.906 (6) regula los daños causados por las especies cinegéticas procedentes de una heredad de caza en las fincas vecinas, estableciendo un tipo de responsabilidad por negligencia o culpa (7), ya sea por omisión de la diligencia debida del sujeto en relación a la adopción de las medidas que permitan impedir la propagación de las especies cinegéticas, ya sea por una conducta activa tendente a dificultar la acción de los dueños de las fincas colindantes para impedirla. Vemos cómo se centra en los daños a las fincas vecinas, sin hacer referencia a posibles daños a las personas, y sin contemplar, dado el estado de la evolución de la técnica del

(4) «El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido».

(5) Como veremos más adelante, esta concepción de responsabilidad objetiva se recoge en el artículo 33.1 de la Ley de Caza de 1970, el cual establece que «Los titulares de aprovechamientos cinegéticos (...) serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos».

(6) «El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla».

(7) CUENCA ANAYA, Francisco (2005: 2).

momento histórico en que se promulgó el Código Civil, que el origen de los daños pueda deberse a accidentes de tráfico. Podemos decir que el artículo 1.906 sigue un criterio subjetivo de responsabilidad (8).

Respecto de la caza en sí misma, el Código Civil en su artículo 611 (9), remite su regulación a ley especial. Esta previsión dio lugar a normas específicas en materia de caza, cuyo hito principal se correspondería con la Ley de Caza de 16 de mayo de 1902; la evolución de esta regulación culminó, finalmente, con la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 (y su Reglamento de 506/1971 de 25 de marzo), cuyo rasgo más sobresaliente fue el de establecer una acusada intervención del poder público en la materia (10), con sometimiento a estrictas reglas inspiradas en un régimen clásico de policía administrativa (11).

Dada la convivencia formal de estos preceptos del Código Civil con los preceptos de las leyes administrativas que más adelante veremos, cabe preguntarse si debe prevalecer el derecho privado, encarnado por el Código Civil, o el derecho público, es decir, las leyes administrativas que regulan la materia.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1985 estableció que *«la disposición final tercera de la ley de 4 de abril de 1970 que contiene la cláusula derogatoria establece en su último párrafo que «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley», entre las que evidentemente tiene que incluirse la del artículo 1.906 del Código, cuyo sistema individualista-subjetivo de la responsabilidad del propietario se opone al criterio objetivo que implanta la nueva ley, al margen de la acción u omisión directa que comportan la mediación de culpa que es preciso probar»*.

Posteriormente a dicha jurisprudencia se promulgó el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, el cual se convirtió en referencia obligada en materia de responsabilidad por los daños causados en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas, a partir de la modificación que experimentó mediante la Ley 19/2001 de 19 de diciembre, cuya disposición adicional sexta decía que en tales casos *«será causa legal que permita atribuir la responsabilidad al conductor del vehículo por los daños producidos en un accidente de circulación el hecho de que se le*

(8) Veremos más adelante los sucesivos cambios de criterio del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, Disposición Adicional Novena.

(9) *«El derecho de caza (...) se rige por leyes especiales»*.

(10) BIENDICHO GRACIA, Luis (2003: 175).

(11) BERMEJO VERA, José (2003: 921).

pueda imputar un incumplimiento de las normas de circulación que pueda ser causa suficiente de los daños ocasionados; ello sin perjuicio de la responsabilidad que sea exigible a quien corresponda conforme a la normativa específica y de que sean probadas debidamente las circunstancias del accidente».

Posteriormente, se dictó la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el Texto Articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial citada, cuya disposición adicional novena regula específicamente la responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas, derogando implícitamente la citada disposición adicional sexta de la Ley 19/2001, de 19 de diciembre (ya que ambas Disposiciones preveían respectivamente, regímenes diferentes para los accidentes de circulación producidos por las piezas de caza) (12). Esta disposición adicional novena ha sido objeto de nueva modificación por la Ley 6/2014 de 7 de abril, mediante su artículo 30, y cuyo estudio específico abordaremos más adelante.

También podemos plantearnos la prevalencia entre esta disposición adicional novena y el artículo 1.906 del Código Civil, y forzosamente, debemos llegar a la misma conclusión: el artículo general del Código Civil, artículo 1.906, debe entenderse derogado por existir esta última norma estatal posterior específica. Así ya lo venía entendiendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª de 17 de diciembre de 2009.

Y por último, cabe plantearse la relación entre las normas estatales citadas (Ley de caza de 1970 y Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial) y la existente entre dicho Real Decreto Legislativo y la Ley aragonesa de caza, si bien, como se trata en ambos casos de normas de derecho público administrativo, trataremos esta cuestión más adelante.

B) Derecho administrativo

Con base en el Derecho Romano, la primera Ley de Caza en España ve la luz el 10 de enero de 1879, la cual fue sustituida por la Ley de Caza de 16 de mayo de 1902 (13). Esta Ley armonizaba el aprovechamiento y conservación de la caza con el debido respeto a los derechos inherentes a la propiedad de

(12) GUERRA POSADAS, Rafael (2010: 228).

(13) En su artículo 9 establecía que *«todo propietario podrá vedar legalmente sus fincas, pero será responsable directamente con sus bienes con arreglo al Código Civil de los daños que la caza que se críe en su propiedad cause en los predios de los propietarios colindantes».*

la tierra, a la seguridad de las personas y a la adecuada protección de sus bienes y cultivos. Se refería a los animales *fieros* en su artículo 2 como «*los que vagan libremente y no pueden ser cogidos sino por la fuerza*» (las *ferae bestiae* del Derecho romano).

Con la evolución histórica, estas *ferae bestiae* dejaron de ser objeto de caza todas ellas, y pasaron a dividirse en dos categorías: las susceptibles de ser cazadas y las que no, dando lugar a la distinción entre especies de fauna silvestre *cinagética* y especies de fauna silvestre *no cinagética* (14).

Transcurrido más de medio siglo desde dicha Ley, la aparición del automóvil, la relevancia del tráfico durante la segunda mitad del siglo XX (15) la necesidad de modernizar los preceptos cinagéticos con el fin de procurar que el ordenado aprovechamiento de esta riqueza proporcionara las máximas ventajas compatibles con su adecuada conservación y su deseable fomento, conllevaron a la adopción de un sistema de responsabilidad objetivo encarnado por la actual Ley 1/1970 de 4 de abril de Caza, desarrollada por el Reglamento aprobado por Decreto 506/1971 de 25 de marzo.

Fue esta Ley la que introdujo un artículo concreto y específico de responsabilidad por daños, el artículo 33 (16).

Esta regulación estatal adopta un régimen de responsabilidad objetiva o por riesgo, que recae en primer lugar, sobre los titulares de los aprovechamientos cinagéticos especiales y, subsidiariamente, a los propietarios de las

(14) BIENDICHO GRACIA, Luis (2003: 174).

(15) SILVOSA TALLÓN, José Manuel (2010) www.laley.es.

(16) «Artículo 33. Responsabilidad por daños. 1. Los titulares de aprovechamientos cinagéticos, definidos en el artículo 6 de esta Ley, serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos. 2. La exacción de estas responsabilidades se ajustará a las prescripciones de la legislación civil ordinaria, así como la repetición de responsabilidad en los casos de solidaridad derivados de acotados constituidos por asociación. 3. De los daños producidos por la caza procedente de Refugios, Reservas Nacionales y Parques Nacionales y de los que ocasione la procedente de terrenos de caza controlada responderán los titulares de los aprovechamientos de caza y subsidiariamente el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales. 4. En aquellos casos en que la producción agrícola, forestal o ganadera de determinados predios sea perjudicada por la caza, el Ministerio de Agricultura, a instancia de parte, podrá autorizar a los dueños de las fincas dañadas, y precisamente dentro de éstas, a tomar medidas extraordinarias de carácter cinagético para proteger sus cultivos. 5. Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza».

fincas, independientemente de cualquier culpa o negligencia en la actuación. Basta la mera producción del daño para ser responsable.

De este modo, la Ley de caza estatal 1/1970, de 4 de abril, supone una regulación de la responsabilidad objetiva por daños, regulación especial y posterior a la prevista en el Código Civil (anterior y de carácter general) y que por tanto, viene a desplazar a ésta última, especialmente en cuanto a la concepción de responsabilidad subjetiva del artículo 1906.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de mayo de 1985, indica que «*la Disposición Final 3.º de la Ley 1/1970, de 4 de abril que contiene la Cláusula derogatoria, establece en su último párrafo que “quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley”, entre las que, evidentemente, tiene que incluirse la del artículo 1906 del CC*», ya que el artículo 1906 del Código Civil mantiene un sistema subjetivo de responsabilidad del propietario frente al puramente objetivo que contempla el artículo 33.1 de la Ley de caza estatal de 1970, según el cual «*Los titulares de aprovechamientos cinegéticos... serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos*». También posteriormente, la Audiencia Provincial de Zaragoza, se ha pronunciado en numerosas sentencias (valga por todas la sentencia nº 331/2010 de 7 de julio) que el artículo 1.906 del Código Civil queda derogado por la ley estatal de caza.

La previsión legal del artículo 33 de la Ley de caza estatal es desarrollada por el Reglamento aprobado por Decreto 506/1971, de 25 de marzo, en su artículo 35 (17).

Esta concepción objetiva dio paso en un primer momento a una responsabilidad subjetiva ante la promulgación del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en su disposición adicional novena. Sin embargo, también esta disposición ha sido objeto de

(17) El Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo, de modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley de libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio, dispone en su artículo 3 que «*Queda derogado el Reglamento de ejecución de la Ley de caza de 1970, aprobado por el Decreto 506/1971, de 25 de marzo. No obstante, el citado Reglamento mantendrá su vigencia en aquellas comunidades y ciudades autónomas que no tengan normativa aprobada en la materia, en tanto no se dicte dicha normativa. En todo caso en este Reglamento se incluirán las siguientes modificaciones...*» (no las reproducimos por no afectar al citado artículo 35). A día de hoy, la Comunidad Autónoma de Aragón no dispone de reglamentación propia, por lo que el Reglamento resultaría, en principio, de aplicación, en lo que no resulte contradictorio con la ley aragonesa de caza.

modificación por la Ley 6/2014, de 7 de abril, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (18).

Hemos apuntado anteriormente que, ante la convivencia del artículo 33 de la ley estatal de caza de 1970, y esta última previsión legal estatal encarnada por la disposición adicional novena de la Ley de Tráfico, cabría plantearse cuál de estos preceptos resulta aplicable, siempre que proceda la aplicación del derecho estatal (ya que como veremos a continuación, es posible que entre en juego el derecho autonómico).

Pues bien, del estudio detenido de ambos, podemos concluir que, como el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, disposición adicional novena, contiene una regulación específica de los daños causados concretamente en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas, deberá ser éste aplicado cuando el supuesto de hecho originario del daño sea precisamente un atropello de especie cinegética.

Y dado que la competencia de caza ha sido otorgada a las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.11º) y recogida por la totalidad de los Estatutos de Autonomía (19), estas se encuentran legitimadas para legislar sobre la materia de caza, incluida la responsabilidad que la actividad cinegética comporta. Ello no obsta para que el Estado se reserve la competencia para legislar esas mismas actividades cinegéticas cuando afecta a la seguridad vial, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.21º de la Constitución Española (20).

Por ello cabe preguntarnos por la relación existente entre el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y las leyes autonómicas de caza. Algún sector doctrinal opina que al ser estos accidentes «hechos de la circulación» deben regirse exclusivamente por la normativa de tráfico y seguridad vial, y no por las leyes de caza, ni la estatal ni las de las Comunidades Autónomas (21). De seguir esta corriente doctrinal, es decir, de considerar únicamente aplicable la normativa de tráfico y seguridad vial, esta es una competencia exclusiva del Estado, ex artículo 149.1.21º de la Constitución Española, de manera que las Comunidades Autónomas verían vaciada *de facto* la posibilidad de asumir la regulación de

(18) Más adelante analizaremos la Disposición Adicional Novena del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

(19) Estatuto de Autonomía de Aragón, artículo 71.23.

(20) LÓPEZ GALLARDO, José Ramón (2009: 2).

(21) CUENCA ANAYA, Francisco (2006: 5).

los daños distintos a los agrarios, que también forma parte de la competencia en materia de caza, competencia que el artículo 148.1.11º de la Constitución Española les otorga.

Algunas Comunidades Autónomas regulan en sus leyes de caza, la responsabilidad por los daños ocasionados ante el atropello de especies cinegéticas específicamente, de tal modo que el derecho autonómico resultaría aplicable con preferencia al estatal, y en aquello no regulado por el mismo, resultaría aplicable este último, en virtud del principio de competencia y del principio de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución Española, frente al órgano administrativo competente en función de la materia, como veremos más adelante.

2. Derecho aragonés

Se ha afirmado que nos encontramos ante una manifestación del llamado «derecho civil autonómico no foral», pues al amparo de una competencia asumida estatutariamente (la caza), la Comunidad Autónoma legisla sobre esa materia, y a la vez, disciplina directamente cuestiones que son consideradas de Derecho Civil (22).

Inclusive se han llegado a realizar planteamientos más críticos desde la doctrina judicial, cuestionando si la existencia de la normativa autonómica (al igual que la estatal) podría dar lugar a una cuestión de inconstitucionalidad, pues, *«uno u otro legislador, se han excedido de sus competencias»* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, de 17 de diciembre de 2009). En este sentido se ha apuntado que *«la inmisión de las normas autonómicas en el régimen de responsabilidad civil entre particulares al amparo de la competencia en materia de caza, no dejan de ser normas civiles que exceden (ex artículo 149.1.8 de nuestra Constitución), las competencias autonómicas»* (23).

Lo cierto es que el artículo 611 del Código Civil se remite a «leyes especiales» para regular la caza, y desde entonces, las Administraciones Públicas *«han tomado cartas en el asunto, por mandato legal, desbordando cualquier planteamiento exclusivamente privatista»* (24). Y en cualquier caso, hasta que no se plantee y resuelva cualquier posible cuestión de inconstitucionalidad al respecto, las normas autonómicas forman parte del ordenamiento jurídico, y resultan plenamente aplicables.

(22) PARRA LUCAN, María Ángeles (1999: 29).

(23) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel (2004: 4557).

(24) BERMEJO VERA, José (2003: 618).

La Comunidad Autónoma de Aragón asumió ya inicialmente la competencia *exclusiva* en materia de caza a tenor del artículo 35.1.17º del Estatuto de Autonomía de Aragón aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto (conforme a la redacción efectuada por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre) (25).

En consecuencia, la primera ley aragonesa que se dictó sobre la materia fue la Ley 12/1992, de 10 diciembre, de caza (26).

La regulación de la responsabilidad por daños venía dada en el artículo 72, y distinguía claramente dos posibles sujetos responsables: la «*Diputación General*» y «*Los titulares de los cotos comerciales y deportivos*». La primera debería indemnizar (previa instrucción del oportuno expediente y valoración de los daños producidos) por los daños ocasionados por las especies cinegéticas procedentes de los terrenos no cinegéticos, por especies de la fauna silvestre no susceptibles de aprovechamiento cinegético, cualquiera que sea su procedencia, por las especies cinegéticas de las reservas de caza, refugios de fauna silvestre y los espacios naturales protegidos, y por las especies cinegéticas de los cotos sociales. Los segundos solamente responderían por daños producidos por las especies cinegéticas en cultivos (es decir, daños agrarios).

Dicha Ley fue desarrollada parcialmente por el Decreto 108/1995, de 9 de mayo, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de los títulos I, II y VII de la Ley aragonesa 12/1992, de Caza.

El artículo 39 del mismo venía a completar el artículo 72 de la Ley aragonesa de caza, incluyendo como daños a indemnizar por la Administración de la Comunidad Autónoma los causados por especie cinegética procedente de terrenos cinegéticos de aprovechamiento común (artículo 39.1.b). Asimismo precisaba que la tramitación del oportuno expediente administrativo previo al que aludía el artículo 72 de la ley, se regiría por lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, sin concretar si se remitía al procedimiento administrativo general o al específico en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, al que hace referencia el artículo 142.3 de la misma (lo que remitía a la aplicación del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo). La Comisión Jurídica Asesora del

(25) Actualmente, artículo 71.23 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

(26) Modificada en varias ocasiones; última modificación mediante la Ley 3/2012 de 8 marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Gobierno de Aragón se pronunció expresamente, en su Dictamen n.º 5/1998, de 3 de febrero, concluyendo que cuando los daños fueran causados por especies no cinegéticas, no sería de aplicación el procedimiento especial en materia de responsabilidad patrimonial sino el procedimiento general (27).

El Reglamento también precisaba en dicho artículo 39.2 que los daños a indemnizar por los titulares de los cotos comerciales y deportivos de caza lo serían «de cualquier tipo», es decir, ya no sólo daños agrarios como preveía la ley, sino también se abría la vía de indemnización para aquellos daños ocasionados por los accidentes de tráfico causados por la súbita irrupción de las piezas de caza en la vía pública, y con independencia del tipo de aprovechamiento del acotado (caza mayor o caza menor).

Por último, el artículo 36.3 del Reglamento preveía para el supuesto de que la producción agrícola, ganadera o forestal de cualquier finca se viera perjudicada por las piezas de caza, que el titular del aprovechamiento cinegético pudiera solicitar a la administración autonómica autorización para que, dentro de aquella, pudiera tomar las medidas extraordinarias de carácter cinegético que se fijaran en la correspondiente autorización para evitar tales perjuicios (28).

III. REGULACIÓN ACTUAL Y DOCTRINA JUDICIAL

Sentados los orígenes de la regulación de la responsabilidad por daños ante el atropello de especies cinegéticas, podemos ya centrarnos en el estudio pormenorizado de la Ley autonómica aragonesa, encarnada por la Ley 5/2002, de 4 de abril, de caza de Aragón, artículo 71 bis, así como de la regulación estatal representada por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, disposición adicional novena.

(27) BIENDICHO GRACIA, Luis (2003: 179 y 180).

(28) Con anterioridad, ya se habían dictado disposiciones para regular la caza en diversos Decretos autonómicos de creación de refugios de caza (v. gr. Decreto 42/1985, de 2 de mayo, de creación del Refugio Nacional de Caza de «La Laguna de Gallocanta»), en los planes rectores de uso y gestión de los espacios naturales protegidos, o en disposiciones puntuales de vigencia temporal limitada (v. gr., O. de 23 de diciembre de 1988 para autorizar la captura en vivo del conejo silvestre con fines de reproducción; O. de 1 de marzo de 1989 sobre normas para la actuación de control de especies de fauna antropófila fuera de equilibrio: urraca o picaraza, estornino negro, perros y gatos asilvestrados y cimarrones; O. de 26 de octubre de 1989 sobre normas de caza en áreas de presencia regular del oso pardo pirenaico en la temporada 1989/1990). BIENDICHO GRACIA, Luis (2003: 181).

Comenzando por la legislación aragonesa, con la promulgación de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de caza de Aragón, se deroga la anterior de 1992, y con ello, su artículo 72.

El título IX regula por la responsabilidad por daños.

En una primera redacción, vigente hasta 2007 como veremos a continuación, el artículo 71 abarcaba tanto la responsabilidad por daños producidos por especies cinegéticas tanto de naturaleza agraria como no agraria. En concreto, en cuanto a los daños no agrarios, la regulación se recogía en sus párrafos 5 y 6 (29).

Se responsabilizaba a la Administración autonómica, la cual respondía en todos los casos, salvo cuando los propios perjudicados, por culpa o negligencia, hubieran contribuido a la producción del daño. La razón por la que se asumía esta responsabilidad, no quedaba explicitada y se apuntaron como motivos del posicionamiento del legislador bien razones de política legislativa, bien propiciar el aprovechamiento cinegético, o bien asumir esa responsabilidad como consecuencia de las intensas funciones de tutela, inspección y ordenación del aprovechamiento cinegético (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª de 17 de diciembre de 2009).

Esta normativa autonómica chocaba con la normativa estatal encarnada por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, disposición adicional novena, como hemos visto. Las diferencias eran evidentes (salvo en el supuesto de que el accidente hubiera sido ocasionado por culpa del propio perjudicado): mientras en la normativa autonómica aragonesa respondía como norma general la Administración, en la normativa estatal respondía como norma general el titular del terreno cinegético (tanto cuando se daba el supuesto objetivo por el que el accidente es consecuencia directa de la acción de cazar, como cuando se daba el supuesto objetivo por el que ha existido una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado).

(29) «5. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón asumirá el pago de las indemnizaciones a que haya lugar a favor de los perjudicados, por los daños de naturaleza distinta de la agraria causados por especies cinegéticas, salvo que los propios perjudicados, por culpa o negligencia, hayan contribuido a la producción del daño. Para ello se establecerán los mecanismos aseguradores oportunos y se regulará un procedimiento de reclamación administrativa ante la Diputación General de Aragón. 6. Los titulares de los terrenos cinegéticos, en colaboración con los propietarios afectados por los daños, deberán adoptar medidas precautorias para evitar el riesgo de que estos daños se produzcan».

En un intento de unificar criterios, la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón (30) derogó estos dos párrafos e introdujo un nuevo artículo, el artículo 71 bis, donde se regulaba independientemente la responsabilidad por daños de naturaleza no agraria causados por especies cinegéticas, manteniéndose el resto de párrafos del artículo 71 (párrafos 1 a 4) para la regulación de la responsabilidad por daños de naturaleza agraria causados por especies cinegéticas.

Es la propia exposición de motivos de la Ley de Montes aragonesa la que ofrecía la explicación de este cambio legislativo: *«Por otro lado, la Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón, vino a introducir una novedosa regla en el sistema de fomento de las actividades cinegéticas que ha configurado en la práctica a la Administración de la Comunidad Autónoma en una aseguradora del riesgo generado por las especies cinegéticas en la gran mayoría de los daños que estas ocasionan, con el coste que ello supone desde la perspectiva de la eficacia administrativa. Por ello, parece oportuno modular esta obligación general de pago, estableciendo determinadas excepciones al citado sistema cuando medie una falta de diligencia en la gestión del acotado, y ciñéndolo a supuestos relacionados directamente con el ejercicio de las actividades cinegéticas».*

El artículo 71 bis decía en su redacción original, vigente hasta marzo de 2012:

«Artículo 71 bis.– De la indemnización por daños no agrarios.

1. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón asumirá el pago de las indemnizaciones a que haya lugar a favor de los perjudicados por daños de naturaleza distinta de la agraria causados por especies cinegéticas, a reserva de la posibilidad de ejercitar su derecho de repetición frente a los responsables y titulares de los acotados en los casos en que se hubiera dado lugar a ello.

2. En cualquier caso, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón quedará exonerada de esa obligación de pago en los siguientes casos:

a) Cuando los propios perjudicados, mediante su culpa o negligencia, hayan concurrido a la producción del daño.

b) Cuando el accidente o siniestro no sea consecuencia directa de la acción de cazar.

c) Cuando no se haya observado la debida diligencia en la conservación del terreno acotado, en cumplimiento de las obligaciones que a tal fin la normativa de caza impone a su titular.

3. Para asumir esa obligación de pago podrán establecerse los mecanismos aseguradores oportunos.

(30) BOA 30-12-06 N° 149; disposición final novena: «La presente ley entrara en vigor a los treinta días de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón». Las disposiciones transitorias no contienen previsiones sobre los procedimientos administrativos que en dicho momento se encontraran en tramitación.

4. *Reglamentariamente se establecerá a tal fin un procedimiento administrativo específico, en el que se dará audiencia al titular del acotado, ante el órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón para determinar en su caso la procedencia de dicho pago.*

5. *En todo caso, la asunción por la Administración de la Comunidad Autónoma del pago de las indemnizaciones por la responsabilidad que pudiera corresponder a terceros, en los términos establecidos en la presente ley, no exonerará de la responsabilidad patrimonial que pudiera corresponder a otras Administraciones públicas derivada del ejercicio de sus propias competencias».*

El artículo 48 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, modifica, entre otros artículos de la Ley de Caza (31), el artículo 71 bis, el cual queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 71 bis. De la indemnización por daños no agrarios.

1. *La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón asumirá el pago de las indemnizaciones a que haya lugar a favor de los perjudicados por daños de naturaleza distinta de la agraria causados por especies cinegéticas.*

2. *No obstante, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón no asumirá esa obligación de pago en los siguientes supuestos:*

Cuando los propios perjudicados, mediante su culpa o negligencia, hayan contribuido a la producción del daño.

Cuando el accidente o siniestro no sea consecuencia directa de la acción de cazar. A tal efecto, se presumirá que el accidente o siniestro no es consecuencia directa de la acción de cazar cuando no se hubiera producido un acto concreto de caza que resulte acreditado.

Cuando no se haya observado la debida diligencia en la conservación del terreno acotado, en cumplimiento de las obligaciones que a tal fin la normativa de caza impone a su titular. Esta falta de la debida diligencia deberá ser apreciada motivadamente por el órgano competente en materia cinegética.

3. *Para asumir esa obligación de pago podrán establecerse los mecanismos aseguradores oportunos.*

4. *Sin perjuicio del régimen sancionador aplicable, cuando de la tramitación del procedimiento administrativo de reclamación de daños se desprenda falta de colaboración de los acotados implicados o cualquier otro incumplimiento de las obligaciones que les impone la normativa de caza, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá el derecho de repetición o reclamación contra los titulares y responsables de los acotados para resarcirse de las indemnizaciones que hubiera reconocido.*

5. *Reglamentariamente se establecerá un procedimiento administrativo específico en el que se dará audiencia al titular del acotado ante el órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón para determinar, en su caso, la procedencia de dicho pago.*

(31) Artículos 25, 77, 78 y disposición transitoria decimotercera.

6. *En todo caso, la asunción por la Administración de la Comunidad Autónoma del pago de las indemnizaciones por la responsabilidad que pudiera corresponder a terceros, en los términos establecidos en la presente ley, no exonerará de la responsabilidad patrimonial que pudiera corresponder a otras Administraciones Públicas derivada del ejercicio de sus propias competencias».*

La entrada en vigor de dicha modificación se produjo el 20 de marzo de 2012 (32).

La exposición de motivos pone de manifiesto la necesidad de introducir un cambio legislativo, *«con el objetivo de clarificar el régimen jurídico aplicable a la indemnización de los daños agrarios causados por especies cinegéticas, aplicando un criterio homogéneo para solventar la disparidad de pronunciamientos entre la doctrina contencioso-administrativa y la vía civil en la materia, evitando así definitivamente la situación de inseguridad jurídica existente hasta la fecha. Por otro lado, se contempla también la transición de los actuales cotos comerciales de caza, que sean coincidentes con cercados cinegéticos de caza mayor, bajo la denominación de cotos privados de caza».*

Si comparamos la inmediata anterior redacción del artículo 71 bis con la vigente en este momento, podemos significar las siguientes diferencias:

— El párrafo primero mantiene su redacción, excepto en la previsión final *(a reserva de la posibilidad de ejercitar su derecho de repetición frente a los responsables y titulares de los acotados en los casos en que se hubiera dado lugar a ello)* que resulta suprimida para ser sustituida y desarrollada por el nuevo párrafo cuarto.

— El encabezamiento del párrafo segundo cambia en el modo de redacción, manteniendo la literalidad de las tres excepciones de la obligación de pago.

En cuanto a la excepción prevista en el párrafo, la actual redacción (al igual que la inmediatamente anterior), coincide con el criterio de la normativa estatal.

Ahora bien, en la excepción prevista en el párrafo b, se introduce *ex novo* una presunción *iuris tantum* sobre cuándo se entiende que el accidente no es consecuencia directa de la acción de cazar: *A tal efecto, se presumirá que el accidente o siniestro no es consecuencia directa de la acción de cazar cuando no se hubiera producido un acto concreto de caza que resulte acreditado.* Y por otra parte, vemos cómo se sigue manteniendo el criterio dispar en comparación con la normativa estatal, ya que, ante el mismo supuesto de

(32) BOA 19-3-12 N° 54, disposición final quinta: «La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón».

hecho, con la normativa aragonesa responde la Administración autonómica, mientras que con la normativa estatal, responde el titular del terreno cinegético.

Y en la excepción prevista en el párrafo c, se introduce *ex novo* un requisito formal a cumplir cuando la causa de exoneración del pago se produzca porque *no se haya observado la debida diligencia en la conservación del terreno acotado*. Entonces, *esta falta de la debida diligencia deberá ser apreciada motivadamente por el órgano competente en materia cinegética*. Además podemos observar el deseo de acotar y delimitar el estándar de diligencia exigible al relacionarlo, expresa y directamente, con el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin la normativa de caza impone al titular del terreno.

— Se introduce un nuevo párrafo cuarto, pero en realidad supone una regulación más amplia de lo que ya se preveía, de manera breve y genérica, en la previsión final del antiguo párrafo primero (*a reserva de la posibilidad de ejercitar su derecho de repetición frente a los responsables y titulares de los acotados en los casos en que se hubiera dado lugar a ello*).

Ahora este párrafo cuarto dice *«Sin perjuicio del régimen sancionador aplicable, cuando de la tramitación del procedimiento administrativo de reclamación de daños se desprenda falta de colaboración de los acotados implicados o cualquier otro incumplimiento de las obligaciones que les impone la normativa de caza, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá el derecho de repetición o reclamación contra los titulares y responsables de los acotados para resarcirse de las indemnizaciones que hubiera reconocido»*.

Podemos observar una primera diferencia: con la redacción anterior, el ejercicio del derecho de repetición parecía ser una acción potestativa pues hablaba de mera posibilidad. Sin embargo, con la nueva regulación parece que el legislador ha querido enfatizar el ejercicio de este derecho, pues ha sustituido la idea de mera posibilidad por la idea de imperatividad: *«ejercerá el derecho de repetición o reclamación»*.

Además, si con la redacción anterior se tomaba como referencia para entender que podía proceder el derecho de repetición, *los casos en que se hubiera dado lugar a ello* (de manera genérica, a modo de concepto jurídico indeterminado), con este nuevo párrafo parece que se ha querido acotar conceptualmente el supuesto de hecho que dará lugar al ejercicio del derecho de repetición, cual es la *falta de colaboración de los acotados implicados o cualquier otro incumplimiento de las obligaciones que les impone la normativa de caza*.

Si bien esta nueva redacción es menos genérica que la anterior, por cuanto se ha querido hacer una referencia individualizada a la falta de colaboración de los acotados implicados, y una referencia más global que abarca cualquier otro incumplimiento de las obligaciones que les impone la normativa de caza, es precisamente el hecho de que se remita en general, al incumplimiento de

cualquier obligación impuesta por la normativa de caza, lo que supone *in fine* un abanico de posibilidades para ejercitar este derecho de repetición.

El artículo 60.2 de Ley de caza aragonesa contiene la previsión específica de la obligación de colaboración que tienen los titulares de los aprovechamientos cinegéticos con las autoridades administrativas, facilitando a tal fin cualquier información que les sea requerida sobre la actividad cinegética que se desarrolla en los acotados.

Quizá esta nueva previsión del párrafo cuarto del artículo 71 bis, se deba a la experiencia adquirida con el tiempo en la tramitación de los expedientes administrativos, y las consecuencias judiciales que conlleva que los titulares de los terrenos cinegéticos afectados o bien no faciliten información sobre si el día del accidente (y/o el día de la víspera, según la hora), ejercitaron o no la caza, o bien en vía administrativa declaren o informen que no ejercitaron la caza y en vía judicial manifiesten lo contrario.

En primer lugar, sin dicha información, no se puede valorar si el accidente ha sido o no consecuencia directa de la acción de cazar, y por ello no puede dictar resolución expresa en el plazo de seis meses, de manera que transcurrido este plazo sin resolución, se entiende estimada la reclamación por vía del silencio positivo (antes, Ley 23/2003, de 23 de diciembre, del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental, en su Anexo nº 34, y ahora Ley 10/2013, de 19 de diciembre, del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental, anexo, punto 34).

Otro posible problema, diferente a la omisión total de información o información contradictoria, es el hecho de que el titular del terreno cinegético afectado, informe que ha ejercitado la caza, siendo que no podía ejercerla por ser día inhábil.

En tales casos, ante la declaración en vía administrativa que ofrece dicho titular manifestando que ha cazado, la Administración no puede sino considerar que el accidente ha sido consecuencia directa de la acción de cazar, y por ende, asume el pago de la indemnización que le reclama el particular afectado por el accidente, siendo que, si el titular del terreno cinegético hubiera respetado las previsiones del plan cinegético correspondiente (en el sentido de no ejercitar la caza cuando no puede ejercerla), el accidente no se habría considerado consecuencia directa de la acción de cazar, y la Administración no asumiría el pago de la indemnización por concurrir la causa de exoneración prevista en el artículo 71 bis 2.b.

Aunque estas situaciones no son las más habituales, pueden estar motivadas por la propia regulación de la responsabilidad de la Administración, pues el artículo 71 bis 2.b, y la consiguiente doctrina judicial, entienden que, acreditado el acto de la caza, responde de los daños la Administración, y no el titular del terreno cinegético, de manera que éste se asegura que, probada

la acción de cazar, el afectado va a ver satisfechas sus pretensiones indemnizatorias en vía administrativa por la propia Administración.

No obstante, ante esta falta de colaboración con la Administración, el propio artículo 71 bis hace referencia al derecho de repetición que ostenta esta contra los titulares y responsables de los acotados para resarcirse de las indemnizaciones que hubiera reconocido (y sin perjuicio del régimen sancionador aplicable).

— Por lo demás, el párrafo tercero sigue haciendo referencia a la posibilidad de establecer mecanismos aseguradores (33) para hacer frente a la obligación de pago, el antiguo párrafo cuarto se convierte en párrafo quinto, y los párrafos tercero y sexto no varían ni formal ni materialmente.

Y en cuanto a la aplicación e interpretación de las excepciones por las cuales la Administración autonómica no responde de los daños causados, podemos ofrecer un muestreo de la doctrina judicial de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza:

«a) Cuando los propios perjudicados, mediante su culpa o negligencia, hayan contribuido a la producción del daño».

Para entender que ha existido un incumplimiento de las normas de circulación, debemos tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 45 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (en adelante, Reglamento General de Circulación), que desarrolla el artículo 19 de la ley sobre Tráfico, cuando dice que *«Todo conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos y a tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación, y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a ellas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse (artículo 19.1 del texto articulado)».*

No basta con que se acredite el incumplimiento de las normas de circulación, sino que es necesario que tal incumplimiento haya tenido incidencia causal en el resultado lesivo (34).

(33) Actualmente, existe un contrato de seguro concertado con una Compañía Aseguradora, el cual prevé una franquicia por una determinada cuantía.

(34) Esta conclusión puede extraerse de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza número 78/2013 de 19 de febrero.

Puede opinarse que no se puede pretender que todo conductor prevea en cada momento que un animal pueda irrumpir en la calzada de manera repentina, ya que prácticamente resulta imposible parar el vehículo, salvo los supuestos de velocidad muy reducida que haría difícil el tráfico rodado. Por ello, esos incumplimientos han de ser valorados atendiendo a las condiciones en que el animal accede a la vía y las posibilidades de que el conductor pudiera, conforme a ella, detener el vehículo de acuerdo con las normas impuestas por la señalización en cada tramo de vía (35).

Precisamente sobre las posibilidades de detención del vehículo, se entiende que el conductor debe en la medida de lo posible, evitar la colisión con el animal, ya que, aunque no cabe exigir al conductor maniobras bruscas o fuertes frenadas que puedan comprometer la seguridad, no cabe proseguir la marcha indiferentemente y atropellar al animal, siempre que exista margen suficiente de reacción con seguridad (36).

Lo cierto es que apenas se aprecia esta excepción por los órganos judiciales. En cualquier caso, también hay que tener en cuenta la teoría del riesgo que recae sobre los conductores de los vehículos, según la cual, la circulación de dichos vehículos también constituye un factor de riesgo y permite atribuir al conductor la responsabilidad para moderar la reclamación que formula (37).

En estos casos en que el atropello de la especie cinegética es consecuencia directa del incumplimiento de las normas de circulación por parte del conductor del vehículo, el titular del terreno cinegético podría plantearse la repetición contra el mismo por los daños patrimoniales ocasionados, pues no podemos olvidar que cada especie cinegética está dotada de un valor económico en el Plan General de Caza anual que aprueba la Comunidad Autónoma (38), y la pérdida injustificada de la misma provoca un perjuicio patrimonial.

Es decir, el conductor, además de no obtener resarcimiento alguno por haber sido su conducta la causa directa de los daños que ha sufrido, podría ser responsable por el perjuicio patrimonial ocasionado al titular del terreno

(35) OLEA GODOY, Wenceslao (2006), www.asociacionabogadosrcs.org.

(36) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de enero de 2009, con ocasión de atropello de una liebre estacionada en la carretera.

(37) Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza números 308/2010 de 13 de septiembre, 269/2010 de 7 de julio, y 103/2010 de 19 de marzo.

(38) ORDEN de 25 de junio de 2014, del Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, por la que se aprueba el Plan General de Caza para la temporada 2014-2015, artículo 34: Cabra montés, 6.000 euros; Sarrío, Ciervo, Corzo, Gamo, Mufión, 3.000 euros; Jabalí, 300 euros; Conejo y Liebre, 150 euros; Perdiz roja, 300 euros; Becada, 300 euros; Otras especies cinegéticas, 100 euros.

cinagético por el valor de la pieza cinagética perdida. Ahora bien, se requiere que haya existido culpa o negligencia por su parte (39) (o dolo).

«b) Cuando el accidente o siniestro no sea consecuencia directa de la acción de cazar. A tal efecto, se presumirá que el accidente o siniestro no es consecuencia directa de la acción de cazar cuando no se hubiera producido un acto concreto de caza que resulte acreditado».

La ley aragonesa de caza recoge en el artículo 2 el concepto de acción de cazar como *«la realizada por el hombre directamente o mediante el uso de armas, animales domésticos y otras artes o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar animales silvestres con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o facilitar su captura por terceros, así como la ejecución de los actos preparatorios que contribuyan a dicho fin».*

El hecho de que se exija no solo que el accidente sea consecuencia de la acción de cazar, sino que dicha consecuencia sea «directa», es un plus de exigencia, *«implica una relación más estrecha del resultado con su origen, en el sentido de que debe ser algo más que una mera consecuencia del mismo»* (40).

Y desde luego, acción de cazar no es la posibilidad legal y organizada de hacerlo, sino realizarla efectivamente (41). Consecuencia directa de la acción de cazar *«significa, claramente, sin que quepan interpretaciones amplias o analógicas interesadas, que por tal requiere un acto concreto de caza, que debe resultar acreditado, es decir, una batida, una persecución de una presa por perros o cazadores etc, y no la mera existencia de días o temporadas de caza que hagan presumir que el concreto desplazamiento que se produce a través de una carretera y que causa el accidente, se debe de forma directa a que se está cazando una determinada especie (...).* (42)

(39) RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (2003), <http://laleydigital.laley.es/>.

(40) Así se pronuncia el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Zaragoza, en numerosas Sentencias por ejemplo, Sentencia nº 346/2011 de 30 de noviembre, nº 35/2011 de 7 de febrero, nº 116/2010 de 19 de abril, nº 86/2010 de 10 de marzo y nº 80/2010 de 1 de marzo; se puede deducir igual conclusión de las resoluciones del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Zaragoza, en Sentencia nº 274/2011 y 275/2011 de 5 de octubre; y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza, en Sentencia nº 373/2011 de 23 de diciembre, nº 343/2011 de 24 de noviembre, nº 224/2011 de 1 de junio.

(41) Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza, por ejemplo en Sentencias nº 123/2011 y nº 124/11 de 23 de marzo, nº 310/2010 de 13 de septiembre, nº 269/2010 de 7 de julio nº 25/2013 de 5 de febrero, nº 28/2013 de 6 de febrero.

(42) Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza, por ejemplo en Sentencias nº 389/2009 de 10 de noviembre, nº 186/2010 de 2 de junio,

Por otra parte, es absolutamente independiente la modalidad de caza que se esté practicando para entender que el ejercicio de la caza por si mismo puede producir la huida del animal a la carretera (43).

Por tanto podemos concluir con base en la doctrina judicial que, salvo que concurra alguna otra causa de exoneración, si el día del accidente era día hábil de caza y efectivamente se ejercitó tal derecho, se considera que el accidente ha sido consecuencia directa de la acción de cazar.

«c) Cuando no se haya observado la debida diligencia en la conservación del terreno acotado, en cumplimiento de las obligaciones que a tal fin la normativa de caza impone a su titular. Esta falta de la debida diligencia deberá ser apreciada motivadamente por el órgano competente en materia cinegética».

Con base en la doctrina judicial mayoritaria, podemos decir que, entender que concurre la falta de diligencia exigible en la conservación del terreno, implica que se hayan vulnerado las obligaciones previas existentes en la normativa de caza.

Además este extremo debe resultar probado por quien lo afirma, no bastando pues meras conjeturas para poder concluir en tal sentido, sin que se considere admisible que, por la parte reclamante, no se llegue siquiera a mantener una causa concreta de falta de diligencia en la conservación del terreno (44). A *sensu* contrario, sirve como prueba del cumplimiento de la diligencia exigible en la conservación del terreno, el certificado correspondiente que emita la Administración sobre la correcta explotación y la no constancia de sanciones por tal motivo (45).

nº 338/2010 de 9 de noviembre, nº 261/2011 de 28 de septiembre, nº 255/2011 de 23 de septiembre, nº 53/2011 de 22 de febrero. En el mismo sentido, Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Zaragoza, en Sentencia nº 50/2013 de 7 de febrero y nº 80/2013 de 13 de marzo.

(43) Por ejemplo, Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 5 de Zaragoza nº 250/2009 y nº 251/2009 de 20 de julio. Este tema es tratado más adelante al comentar la prueba en la tramitación del expediente administrativo.

(44) Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza, números 308/2010 de 13 de septiembre, 269/2010 de 7 de julio, y 103/2010 de 19 de marzo; Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Zaragoza, número 340/2010 de 5 de noviembre; Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Zaragoza, número 260/2009 de 13 de octubre, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Zaragoza, número 276/2010 de 29 de septiembre.

(45) Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza 103/2010 de 19 de marzo; las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Zaragoza, números 279/2010 de 29 de septiembre, 248/2009 de 20 de julio y 252/2009 de 20 de julio.

En definitiva, vemos como este criterio impide hablar para este supuesto de responsabilidad objetiva, ya que se exige directamente que el resultado dañoso le sea imputable por la comisión de un hecho culpable, de modo que esta previsión responde a criterios subjetivos (como lo haría el artículo 1906 del Código Civil).

De hecho, los perjudicados pueden interponer demandas ante la jurisdicción civil contra los titulares de los terrenos acotados por entender que no han observado la debida diligencia en la conservación del terreno acotado (46).

Incluso la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, en Sentencia de 17 de diciembre de 2009 (al igual que la Sentencia de 23 de noviembre de 2009), incide en que la diferencia que existe entre la norma estatal y la norma autonómica va más allá de la imputación de la responsabilidad a diferentes sujetos, ya que, mientras la norma autonómica aragonesa es más estricta al exigir que la falta de diligencia se centre en el incumplimiento de «las obligaciones que a tal fin la normativa de caza impone a su titular», acotando y limitando por tanto el estándar de la diligencia exigible, la norma estatal es más genérica al no prever nada concreto al respecto.

También apostilla que la ausencia de vallado no supone una negligencia por parte del titular del terreno, al estar éste expresamente prohibido por la ley aragonesa de caza: *«el argumento último de esa responsabilidad sería la omisión de determinadas cautelas, que aquí (en Aragón) no pueden extenderse al vallado que está expresamente prohibido por el legislador aragonés (art. 47.4 de la ley de Caza de Aragón)»*, para concluir que *«la única negligencia imputable se residenciaría potencialmente, aunque no se invoque en concreto en el recurso, en la ausencia de señales olfativas o elementos disuasorios...»*. O por ejemplo, *«la realización de batidas en relación opuesta a la carretera, incorporación de señalizaciones o realización de labores de mantenimientos de fuentes o de siembra de cultivos de cobijo en zonas alejadas de las carreteras»* (47). Desde la doctrina (48) se apuntan como medidas que pueden evitar los accidentes, los mecanismos acústicos que emiten ultrasonidos que ahuyentan

(46) Las Audiencias Provinciales aragonesas no aplican con la misma intensidad el criterio sobre la diligencia debida, siendo las Audiencias Provinciales de Zaragoza y Teruel las que mantienen un criterio más flexible en comparación con la de Huesca, de manera que para las primeras no basta cualquier inobservancia para entender que el coto ha incumplido con sus obligaciones legales; véase a modo de ejemplo las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 436/2010 de 30 de septiembre y nº 413/2010 de 15 de junio; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel nº 22/2009 de 28 de enero; las Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca nº 250/2010 de 24 de noviembre, nº 208/2011 de 1 de septiembre y nº 269/2011 de 25 de octubre.

(47) Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Zaragoza, número 252/2009 de 20 de julio

(48) GUERRA POSADAS, Rafael (2010: 238).

a los animales, «ojos de gato» (dispositivos que captan energía durante el día y emiten parpadeos durante la noche), balizas luminosas en el borde de las calzadas (que lanzan un haz de luz hacia el exterior de la carretera y se activan mediante sensores de tráfico cuando hay vehículos en la carretera), o barreras de olor y repelentes olfativos (que desprenden olores semejantes a los del hombre o depredadores). Por tanto, la adopción de las medidas correctoras pertinentes para intentar evitar los atropellos de las especies cinegéticas, juega un papel esencial a la hora de entender que se ha adoptado la diligencia debida en la conservación del terreno, ya que no solo mejora la seguridad vial, sino que además, conserva la fauna silvestre implicada (49).

Además de la ley aragonesa de caza, norma indudablemente aplicable a los daños ocasionados por los accidentes producidos por especies cinegéticas, no podemos obviar la existencia de la normativa estatal encarnada por la disposición adicional novena del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. El concurso existente entre ambas normas *«no se puede resolver conforme a criterios cronológicos, ni de comparación entre norma general y especial sino de atribución de competencias. Y si bien se mira tanto la norma estatal como la autonómica regulan cuestiones heterogéneas aunque sea de reconocer que íntimamente ligadas entre sí. Porque la norma estatal, en la mentada disposición adicional novena, regula lo que es propio de la circulación y es de su competencia (art. 149.1.21º CE... responsabilidad del conductor cuando atropella una especie cinegética «cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación» (lo que, por lo demás, no necesitaría una norma especial), con lo que es competencia de las Comunidades Autónomas, y además exclusiva (art. 148.1.11º CE y ART.71.23 del Estatuto de Autonomía de Aragón... esto es la responsabilidad en el ejercicio de la caza, con la responsabilidad en el cuidado de las fincas destinadas a los aprovechamientos cinegéticos. Hay que situar el conflicto en uno de esos tres escenarios para decidir cual de las normas concurrentes es la que debe aplicarse. Aquí se trataría de la responsabilidad del propietario de los aprovechamientos cinegéticos, materia competencia y regulada por normas autonómicas (Ley 5/2002, de 4 de abril, de caza de Aragón) de modo que el concurso de normas debe resolverse a favor de esta última»* [Sentencia núm. 563/2009 de 19 noviembre de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª].

Esta disposición adicional novena ha sido modificada por el artículo 30 de la Ley 6/2014, de 7 de abril, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial,

(49) MERCADO SANTAMARÍA, Adolfo (2011: 93).

aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, cuya entrada en vigor se produjo el 9 de mayo de 2014 (BOE nº 85 de 8 de abril de 2014, disposición final 4ª).

La actual redacción, párrafo por párrafo, dice así:

«En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas en las vías públicas será responsable de los daños a personas o bienes el conductor del vehículo, sin que pueda reclamarse por el valor de los animales que irrumpen en aquéllas»

Como vemos, es indiferente que haya o no haya intervenido culpa o negligencia del conductor, a diferencia del artículo 71.bis de la Ley de caza aragonesa, donde, como hemos visto, los perjudicados asumen el pago, cuando, mediante su culpa o negligencia, hayan contribuido a la producción del daño (50).

«No obstante, será responsable de los daños a personas o bienes el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno, cuando el accidente de tráfico sea consecuencia directa de una acción de caza colectiva de una especie de caza mayor llevada a cabo el mismo día o que haya concluido doce horas antes de aquél» (51).

La Ley de Caza estatal define en su artículo 2 la acción de cazar como *«la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por tercero» (52).*

Para comenzar diremos que, este criterio, en cuanto al supuesto de que el accidente sea consecuencia directa de la «acción de cazar» (que supone una imputación de la responsabilidad al titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, al propietario del terreno), es contrario al adoptado por

(50) La anterior redacción decía: *«En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación»*, siguiendo por tanto el mismo criterio que la ley de caza aragonesa.

(51) La anterior redacción decía: *«Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, sólo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado»*. Vemos cómo ha desaparecido del párrafo actual la referencia que anteriormente se hacía a la falta de diligencia, trasladándose de laguna manera, como vamos a ver, al párrafo siguiente de la actual regulación.

(52) El artículo 2 de la ley aragonesa de caza, como hemos visto, adopta una definición similar.

la ley aragonesa de caza, pues mientras en la norma estatal, si el daño es consecuencia directa de la acción de cazar, responde el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno —que puede ser la Administración autonómica o por el contrario, un sujeto privado—, en la ley aragonesa de caza responderá siempre la Administración autonómica (a *sensu contrario* del artículo 71 bis 2.b). Por ello, de acuerdo con la doctrina judicial citada, debe aplicarse la ley de caza aragonesa en este supuesto (cuando el accidente es consecuencia de la acción de cazar). Además en la legislación estatal, parece que se exige unos requisitos más restrictivos, tanto por su casuística como por ser acumulativos, en relación al modo de cazar, el tiempo en el que discurre la caza, y la especie cinegética: exige que la acción de cazar sea colectiva, que haya sido llevada a cabo el mismo día o que haya concluido doce horas antes de aquél, y que se trate de una especie de caza mayor.

Por lo demás, baste la explicación contenida anteriormente al tratar también este supuesto la ley de caza autonómica aragonesa.

«También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produzca el accidente como consecuencia de no haber reparado la valla de cerramiento en plazo, en su caso, o por no disponer de la señalización específica de animales sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con los mismos» (53).

El hecho concreto que apunta este párrafo de no haber reparado la valla de cerramiento en plazo, puede entenderse como una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, pero sin embargo parece atribuir la responsabilidad en su caso, no al titular del aprovechamiento cinegético, sino al de la vía pública. Esta previsión resulta acorde con el artículo 57.1 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, según el cual *«Corresponde al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y de la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales»*. En cualquier caso, recordemos que la ley de caza aragonesa prohíbe el vallado en el artículo 47.4, por lo que no podría imputarse este hecho como título de responsabilidad.

Ya hemos visto que la ley de caza aragonesa recoge en su artículo 71.bis.2.c, como supuesto de exoneración de responsabilidad de la Administración, la inobservancia de la debida diligencia en la conservación del terreno acotado por su titular, en cumplimiento de las obligaciones que a tal

(53) La anterior redacción decía: *«También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización»*.

fin la normativa de caza impone al mismo, lo que, unido a que el artículo 47.4 prohíbe el vallado, no podría imputarse a la Administración este hecho como título de responsabilidad.

Y en cuanto al hecho de no disponer de la señalización específica de animales sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con los mismos, cuya responsabilidad se imputa al titular de la vía pública, debemos de reseñar que este supuesto no es recogido por la ley aragonesa de caza, y si que es recogido por la ley estatal encarnada por la disposición adicional novena del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

El conocimiento de dicha pretensión en vía administrativa corresponde al Departamento competente en materia de Carreteras (actualmente, el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes del Gobierno de Aragón). En consecuencia, si dicha pretensión se ejercitara, tanto en vía administrativa como en vía judicial, frente al Instituto Aragonés de Gestión Ambiental, la misma no puede prosperar en virtud del principio de la competencia del órgano. Así lo han venido entendiendo nuestros Juzgados, como por ejemplo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza, en Sentencia número 103/2010 de 19 de marzo, pues aunque se contempla *«la posibilidad de que el titular de la vía en que se produce el accidente pueda llegar a ser responsable como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización, sin que en el caso que nos ocupa se haya formulado esta pretensión en la reclamación en vía administrativa, que no se ha dirigido ante el correspondiente Departamento del Gobierno de Aragón. De ahí que en el caso que nos ocupa no quepa hablar de supuesto indemnizatorio y que deba desestimarse la reclamación formulada ante el INAGA»*. En el mismo sentido se pronuncia el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza, en Sentencia número 217/2009 de 19 de mayo, cuando dice *«Finalmente, en cuanto a si estaba o no señalizado el paso de animales en libertad, eso es algo que afectaría a la Dirección General de Carreteras, no al INAGA, único demandado...»*.

Y entrando en el fondo del asunto, hemos de partir de la premisa general por la cual la Administración pública titular de la vía pública es el sujeto responsable del mantenimiento y conservación de la misma (en virtud del artículo 35 de la Ley 8/1998 de 17 de diciembre de Carreteras de Aragón). Y en general, en carreteras convencionales, la Administración (vía en este caso) debe adoptar medidas que eviten la irrupción en la calzada de animales que puedan obstaculizar el tráfico (54).

(54) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar (2008: 96).

La previsión concreta de este tipo de señalización la encontramos en el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, artículo 149.5, donde la señal «P-24. Paso de animales en libertad», advierte del peligro por la proximidad de un lugar donde frecuentemente la vía puede ser atravesada por animales en libertad.

Esta disposición adicional novena parece adoptar un criterio restrictivo, pues exige que sean tramos con *alta accidentalidad* por colisión de vehículos con las especies cinegéticas.

El Consejo Consultivo de Aragón también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre este supuesto, concluyendo que sólo en las zonas en las que se acredite que el paso de animales en libertad sea frecuente, habría de exigirse que se adopten las medidas precisas que adviertan del peligro (55).

Nuestros Juzgados se han pronunciado sobre la falta de señalización como posible elemento causante del atropello de especie cinegética, si bien, como premisa general diremos que no existe una doctrina judicial unánime, sino que la resolución dependerá de las circunstancias del caso concreto (56).

(55) Dictámenes 41/2010 de 1 de junio y 63/2010 de 13 de julio.

(56) Por ejemplo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza, en Sentencia número 220/2011 de 31 de mayo dice que *«Tratándose de la falta de señalización, hay que entender que para imputar a la Administración el resultado dañoso, la falta de señalización o la defectuosa señalización, debe constituir realmente la causa del accidente (...) En el caso que nos ocupa, consta que efectivamente la carretera por la que circulaba el vehículo a motor discurría por un coto y no existían señales con la "P-24. Paso de animales en libertad", pero si con la "P-23. Paso de animales domésticos" (...) Pero en cualquier caso hay una circunstancia que lleva a la conclusión de que realmente la supuesta falta de señalización no constituye la causa del accidente que es objeto de este proceso: el conductor del vehículo de motor D. (...) es vecino de la localidad de (...), de unos 100 habitantes, y el accidente se produjo en el coto de dicha localidad (...) y en la carretera de acceso a la misma zona. De esta forma, para una persona conocedora de la zona, la existencia o no de la señal no tiene relevancia en orden a informar sobre las circunstancias de la misma»*. Por el contrario, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Zaragoza, entiende que *«siendo la única causa del accidente la irrupción del animal en la calzada, sin concurrencia de responsabilidad alguna por parte del conductor, y resultando acreditado que en la zona donde ocurren los hechos existe al menos un Coto Deportivo de caza del que deriva claramente el peligro como el que aquí se dio (...) habrá que concluirse que la señalización pretendida por la parte recurrente, era exigible para su titular (...)»* —Sentencia número 212/2012 de 3 de julio de 2012 y Sentencia número 75/2013 de 15 de febrero de 2013—. Y a modo de ejemplo de doctrina judicial proveniente de órganos judiciales de fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, que se pronuncian en sentido contrario a la última sentencia citada, afirmado la ineficacia de

IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O RESPONSABILIDAD EX LEGE DE LA ADMINISTRACIÓN: ALCANCE DE LA DIFERENCIA

De lo expuesto hasta ahora, queda claro que, ante daños causados por el atropello de especies cinegéticas en las carreteras convencionales de Aragón, responde la Administración autonómica, salvo que concurra alguna de las excepciones previstas en el texto legal. Sin embargo, lo que no queda tan claro es la naturaleza de esta responsabilidad, por los motivos que vamos a compartir a continuación.

Efectivamente, el artículo 71 bis de la Ley de caza aragonesa impone la obligación a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón de asumir el pago de las indemnizaciones a que haya lugar a favor de los perjudicados por daños de naturaleza distinta de la agraria causados por especies cinegéticas (a salvo de las excepciones previstas en el párrafo 2).

A priori, podríamos entender que la responsabilidad de la Administración autonómica aragonesa viene impuesta «ex lege», en concreto, por estar así previsto, de manera objetiva, en la ley de caza aragonesa.

De hecho, para poder determinar que existe una responsabilidad «patrimonial», a tenor del artículo 106.2 de la Constitución Española, los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, y el artículo 65 del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, se exigiría resumidamente, según reiterada y pacífica formulación doctrinal y jurisprudencial los siguientes requisitos:

dichas señales, se dice que «todas las señales de tráfico sobrarían pues los accidentes se producen a pesar de su existencia y no evitarían su resultado» (Sentencia de 9 de julio de 2008 del Juzgado de lo contencioso-administrativo n° 1 de Zamora), e incluso se ha llegado a afirmar que «En cuanto a la diligencia exigible sobre señalación de advertencia o aviso de presencia de animales en libertad, debe valorarse no obstante que su saturación podría llegar a ser contraproducente ya que, cuanto más numerosas son, menos atención prestan a ellas los conductores, por lo que su colocación podría estar más justificada sólo en los tramos en que exista riesgo de colisiones o sólo en los períodos críticos de mayor movimiento de fauna, viéndose aumentada su eficacia si son luminosas y van acompañadas de señales de limitación de velocidad, incluso si emiten destellos solo durante los períodos de máxima actividad de los animales según las especies, o se combinan con sensores de calor que detectan la aproximación de animales, activando la iluminación destellante de señales de advertencia (...)» —Sentencia de 22 de mayo de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León—.

— La efectiva realización del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas, cuya imputación individual no deba soportar el perjudicado.

— Que el daño o lesión sufrido por el reclamante proceda del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

— La existencia de una relación de causa a efecto entre la actividad de la Administración a la que se imputa el daño y el resultado lesivo, sin intervención extraña que pueda influir en el nexo causal.

— Que el daño o perjuicio no se hubiera producido por fuerza mayor.

— Por último, que no haya prescrito el derecho a reclamar (cuyo plazo se fija legalmente en un año, computado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo).

Quizá el quid de la cuestión resida en el requisito segundo: que el daño o lesión sufrido por el reclamante proceda del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos: ¿es la actividad cinegética un servicio público?

Podríamos argumentar que la actividad cinegética no goza de tal naturaleza en tanto en cuanto, una parte de ella atiende a intereses privados de un colectivo o grupo determinado y no de la generalidad; esta atención singularizada es ajena a la noción de servicio público (57).

Por tanto, si entendemos que la caza no es un servicio público, en puridad, no nos podríamos encontrar ante un supuesto de responsabilidad patrimonial, sino ante una responsabilidad «*ex lege*».

Sin embargo, tampoco podemos desconocer que el propio preámbulo de la Ley de caza aragonesa predica que la ley tiene por objeto «*regular el ejercicio de la caza en Aragón en armonía con la gestión, protección, conservación, fomento y ordenado aprovechamiento de los recursos cinegéticos*», y busca entre sus objetivos «*el proteger y armonizar las costumbres de caza propias de Aragón, que constituyen patrimonio, etnografía y señas de identidad propias, desde el punto de vista cultural y de utilización del territorio. Por ello se fomentarán modelos de caza que recojan estas tradiciones y que eviten su pérdida, frente a otros importados. Todo esto, sin olvidar que un desarrollo armónico de la actividad puede constituir un amplio recurso socioeconómico que apoye la actividad rural con nuevas rentas y puestos de trabajo*».

Es decir, cabría plantearse que, si se considera la caza como una actividad digna de fomento, que es regulada y controlada por la Administración (58),

(57) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de junio de 1979 (RJ 1979/2960).

(58) La ley aragonesa de caza otorga competencia a la Administración Autónoma para regular y controlar diferentes aspectos de la actividad cinegética (regis-

y que incluso determinados espacios cinegéticos son de titularidad y gestión de la misma, podríamos estar ante una suerte de responsabilidad patrimonial especial de la Administración. Podría alegarse que la Administración debe responder, porque estamos en presencia de daños generados como consecuencia de una política de Estado imputable a la Administración Pública, y en particular, cuando los daños se generan a causa de un excesivo número de especies cinegéticas (59), consecuencia de una deficiente planificación y control de dicha Administración (60). En ese caso, sería de interés general controlar el equilibrio de la población de las especies cinegéticas, ya que un exceso de las mismas aumentaría los daños que estas ocasionan a los cultivos y el número de accidentes de tráfico. Y un medio para ejercer ese control, es la actividad cinegética, sobre la cual ostentan competencias las Comunidades Autónomas para regularla. Por ello, distinto sería, por ejemplo, el caso de daños producidos por un animal silvestre cuya caza esté expresamente prohibida por estar declarado como especie protegida, ya que esta misma declaración constituye en sí misma una política pública. Y es aquí precisamente donde encontraría el entronque con la noción de servicio público, pues compete a la Administración la conservación y preservación de aquellas especies en peligro de extinción, y si esta medida administrativa que impide la caza ha generado daños, éstos son imputables al funcionamiento normal o anormal de un servicio público, existiendo por tanto, un nexo causal entre la concreta actuación administrativa (protección de una especie y consecuente prohibición de cazarla) y la producción del daño por dicha especie protegida (61). Por ello en este caso, podría entenderse que la responsabilidad de la Administración por estos daños compartiría la naturaleza de la responsabilidad patrimonial.

Es más, si se entiende que la actividad cinegética supone un instrumento de movilización de recursos económicos o se considerase una modalidad deportiva (62), podría argumentarse que ambas vertientes responden al interés general, y por ello, dignos de ser procurados por la Administración. De hecho,

tro de terrenos, declaración de coto de caza, autorización de cambio de titularidad de los mismos, expedición de licencias de caza, planificación cinegética, protección y conservación de las especies de caza, potestad sancionadora...). En palabras de D. José BERMEJO VERA, «desde la perspectiva de la legislación cinegética, la caza puede considerarse un sector material de intervención de las Administraciones públicas» —BERMEJO VERA, José (2003: 929)—.

(59) La actividad cinegética contribuye a que el número de accidentes sea mucho menor. Según la Federación de Caza Aragonesa, en el año 2011 se cazaron más de 20.000 jabalíes, animales que ahora estarían en libertad, con el riesgo que también supone para la circulación (www.elperiodicodearagon.com, 15 de agosto de 2012).

(60) PARRA LUCAN, María Ángeles (1999: 38 y 39).

(61) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel (2004: 4.556 y 4.557).

(62) BERMEJO VERA, José (2003: 918).

en relación a la vertiente económica, el preámbulo de la ley aragonesa también dice que *«un desarrollo armónico de la actividad puede constituir un amplio recurso socioeconómico que apoye la actividad rural con nuevas rentas y puestos de trabajo»* (63). Y el título VIII regula entre otras cuestiones, las granjas cinegéticas, la comercialización de las especies de caza y los talleres de taxidermia; es decir, este Título se dedica a regular la vertiente económica de la caza. Además, el artículo 73 prevé que *«El Gobierno de Aragón destinará en cada presupuesto anual una partida económica para conservar, potenciar y fomentar la riqueza cinegética de la Comunidad Autónoma de Aragón, de la que formarán parte los ingresos procedentes de las licencias, tasas de gestión del coto y cuantas tasas se creen relacionadas con el ejercicio cinegético»*.

Y en relación con la concepción deportiva de la caza, si se considera concreta esta dimensión una actividad digna de fomento, podría llegar a decirse que, en cuanto competición deportiva oficial, reviste el carácter de «función pública de carácter administrativo encomendada a las Federaciones deportivas» (64). El ejemplo de esta dimensión deportiva lo constituyen los llamados «cotos deportivos», que son *«aquellos en los que la gestión del aprovechamiento cinegético se realiza sin ánimo de lucro, se promueven por sociedades de cazadores deportivas federadas en la Federación Aragonesa de Caza o por la propia Federación Aragonesa de Caza y el aprovechamiento cinegético se realiza por cazadores afiliados a dicha federación»* (artículo 25 de la ley de caza aragonesa).

Todas estas dimensiones de la actividad cinegética abren la posibilidad de entender el funcionamiento de servicio público como todo el hacer y actuar de la Administración como acto de gestión pública, que *in fine*, posibilita la aplicación de los principios inspiradores u normas de la responsabilidad patrimonial. De este modo, ante una eventual supresión por parte del legislador de la previsión expresa en la ley de caza aragonesa de la obligación de indemnizar por parte de la Administración ante esta clase de daños, el particular siempre podría ver amparadas sus pretensiones bajo la tutela del mecanismo de la responsabilidad patrimonial.

Nuestros órganos judiciales han tenido la ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, y lo cierto es que, a pesar de los anteriores argumentos que apoyarían la tesis que aboga por una naturaleza patrimonial de este tipo de responsabilidad, lo cierto es que parecen decantarse por entender que nos

(63) BERMEJO VERA, José (2003: 922): *«la actividad cinegética potencia la fabricación y el comercio de armas y demás instrumentos de caza, incide positivamente sobre el turismo, la hostelería y restauración, y coyunturalmente, en el comercio de peletería y similares»*.

(64) BERMEJO VERA, José (2003: 925).

encontramos ante un mecanismo de responsabilidad que goza de una naturaleza mixta (65).

Y la configuración de determinados aspectos procedimentales o formales, viene de la mano de la Ley 10/2013 de 19 de diciembre, del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental, cuyo artículo 9.2.b otorga la competencia para resolver los procedimientos administrativos al Director del Instituto, y cuyo artículo 9.3 establece que los actos administrativos del Director del Instituto no agotan la vía administrativa. Por ello, resulta absolutamente necesario interponer recurso de alzada frente a la resolución del Director. La resolución del recurso de alzada corresponde al Presidente del Instituto (artículo 8.2.g de la Ley del Instituto), y frente a ésta cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo. Y es en este punto donde la tesis que aboga por el carácter patrimonial de este tipo de responsabilidad, chocaría frontalmente con el artículo 142.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual, las resoluciones que resuelven procedimientos de responsabilidad patrimonial agotan vía administrativa y, por tanto, procede directamente su impugnación en vía contencioso administrativa (o, potestativamente, mediante recurso administrativo de reposición ante el mismo órgano, ex artículo 116 del mismo texto legal).

De hecho, nuestros juzgados *a quo* han venido entendiendo como causa de inadmisión del recurso en sede judicial, la falta de interposición previa del recurso de alzada, entendiendo que, con la falta de interposición de dicho

(65) Así por ejemplo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza, en Sentencia nº 308/2007 de 31 de octubre, dice que se establece «una suerte de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero más extensa, en cuanto la misma responde por hechos que, objetivamente, no podrían calificarse de tal responsabilidad conforme al artículo 139 de la Ley 30/1992, pues no se derivan directamente de ningún servicio público (...) En la Ley de Caza de Aragón se establece una suerte de responsabilidad patrimonial “ex lege” por la que la DGA, en el ámbito del fomento de la actividad cinegética, asume la responsabilidad por los daños causados por dichas especies (...)». Este mismo Juzgado, en Sentencias nº 181/2007 de 5 de junio y nº 153/2008 de 7 de mayo, razona que «no estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial propiamente dicho, sino ante una indemnización que asume la DGA como consecuencia de un tipo de daños (...). Por tanto, no es una responsabilidad patrimonial al uso, ya que no existe relación o nexo de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño (...). Se trata por tanto de una responsabilidad especial, ex lege, que se aparta en sus principios y justificaciones de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que no sería exigible de mediar tal Ley, ya que está absolutamente alejada de los parámetros del artículo 139. Al no estar incluida en dicho precepto, es claro que no es aplicable el artículo 142.6. Es decir, la DGA opta por indemnizar, cuando podría haber optado por no hacerlo, este tipo de daños con unas concretas causas concurrentes, y si lo hace, es libre de configurar tanto los aspectos sustantivos como los procedimentales (...)».

recurso de alzada, no se ha agotado la vía administrativa (66). Y es que es inaplicable el artículo 142.6 de la ley 30/1992, que, como hemos visto, en sede de responsabilidad patrimonial establece que la resolución administrativa pone fin a la vía administrativa, aludiendo al régimen peculiar de este tipo de procedimientos indemnizatorios.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha tenido ocasión de conocer algún recurso de apelación frente a las sentencias de los juzgadores *a quo* que inadmiten el recurso contencioso-administrativo del recurrente, precisamente por no haber agotado la vía administrativa. Las Sentencias del Tribunal *ad quem* confirman las Sentencias de instancia. Por tanto, al desestimar el recurso de apelación, razonando expresamente que resulta inaplicable el artículo 142.6 de la Ley 30/1992, ya que el procedimiento seguido no es el específico de responsabilidad patrimonial, parece admitir implícitamente que nos encontramos ante una responsabilidad *ex lege* (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 19 de diciembre de 2008, recurso de apelación nº 251/2007, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 23 de diciembre de 2008, recurso de apelación nº 275/2007).

La anteriormente denominada Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, también entendía que no nos encontramos ante una responsabilidad patrimonial de la Administración ya que no existe relación de causalidad: *«el título jurídico por el que la administración está aquí obligada a indemnizar no es el de la responsabilidad derivada de una acción u omisión administrativa, sino que sencillamente, la obligación indemnizatoria deriva directamente de una específica imposición legal, al margen de que no haya ninguna acción administrativa que haya ocasionado el daño»* (Dictamen 5/1998 de 3 de febrero). Y claramente, en Dictamen 9/1998 dice que *«estamos ante una responsabilidad legalmente impuesta si concurre el supuesto de hecho previsto, sin que sea necesaria la presencia de una relación de causalidad entre la actividad administrativa y la lesión producida (...) se está en presencia de una responsabilidad objetiva determinada ex lege»*.

A mayor abundamiento, en el Dictamen 87/2002 de 11 de junio, la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón dice que *«en modo alguno, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad administrativa entendida como aquella que supone el funcionamiento de los servicios públicos (cfr. art. 106.2 CE y el resto de la normativa aplicable)»*, puesto que lo que hay

(66) Por ejemplo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Zaragoza, en Sentencia nº 167/2007 de 8 de mayo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza, en Sentencia nº 153/2008 de 7 de mayo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza, en Sentencia nº 179/2007 de 18 de mayo y Sentencia nº 175/2014 de 4 de septiembre, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Zaragoza, en Sentencia nº 284/2006 de 13 de diciembre.

«es una regulación del Legislativo aragonés que al margen de la institución de la responsabilidad administrativa, decide que unos determinados daños sean asumidos con cargo a los presupuestos públicos. La premisa de la que partimos determina, por tanto, que el procedimiento de reclamación administrativa (...) no debe ser en modo alguno el propio de la responsabilidad administrativa, sino un procedimiento por crear por el titular de la potestad reglamentaria e inspirado en los principios básicos del procedimiento administrativo común regulado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Es claro que en ese procedimiento administrativo común no hay intervención alguna prevista del Consejo de Estado o de institución autonómica correspondiente».

Es decir, en opinión de la propia Comisión, tampoco procede con carácter obligatorio la emisión de dictamen por parte de dicho órgano consultivo autonómico, por no encontrarnos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial como tal (dictamen que por el contrario, resultaría preceptivo en función de la cuantía si nos encontrásemos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial, con base en el artículo 142.3 de la Ley 30/1992, y en concreto para la Comunidad Autónoma de Aragón, con base en el artículo 15.10º de la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón). De hecho, como veremos, el procedimiento administrativo ante este tipo de reclamaciones, sigue los artículos 68 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prescindiendo por tanto del dictamen obligatorio de la Comisión (sin perjuicio por tanto, de la emisión con carácter voluntario de estos dictámenes, en virtud del artículo 16.2 de la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón) (67).

El alcance de la diferencia entre una naturaleza u otra de esta responsabilidad, abarca diferentes frentes, desde el punto de vista formal y material:

— Los parámetros que sirven de medida para entender que procede el pago de la indemnización solicitada son diferentes, ya que si entendemos que nos encontramos ante una responsabilidad patrimonial, debe partirse de la regulación contenida en el artículo 106.2 de la Constitución Española, los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el

(67) El actual Consejo Consultivo de Aragón diferencia formalmente en la publicación de los Dictámenes emitidos en 2010, un bloque denominado «responsabilidad patrimonial» y otro denominado «daños por fauna», en el que incardina aquellas reclamaciones derivadas de accidentes de tráfico producidos por impacto con especies cinegéticas, y sin embargo las denomina curiosamente a la vez como materia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, y el artículo 65 del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio (a los que hemos aludido anteriormente,) mientras que si entendemos que se trata de una responsabilidad *ex lege*, debemos atender al artículo 71 bis de la ley de caza aragonesa, de carácter marcadamente objetivo.

— En cuanto al procedimiento a seguir en la tramitación del expediente, si fuera una reclamación de responsabilidad patrimonial, habría de estarse al marco fijado en la normativa citada en el párrafo anterior, mientras que si es una responsabilidad *ex lege*, puede fijarse reglamentariamente su propio procedimiento, y en su defecto (como sucede actualmente), se siguen la línea marcada por los artículos 68 y siguientes de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (a salvo como hemos visto, del plazo del año de prescripción para reclamar, que sin embargo se toma del artículo 142.5 del citado texto legal).

— La competencia administrativa para resolver radica en sujetos diferentes, según se trate de responsabilidad patrimonial o *ex lege*, puesto que en el primer caso, al agotar la vía administrativa, ostenta la competencia para resolver el Consejero del Departamento (artículo 54.1.a del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón), mientras que en el segundo de los supuestos, ostenta la competencia para resolver la reclamación el Director del Instituto (artículo 9.2.b de la Ley 10/2013 de 19 de diciembre, del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental), y cuyo artículo 9.3 establece que los actos administrativos del Director del Instituto no agotan la vía administrativa. Por ello, para poder acudir a la jurisdicción contenciosa-administrativa, resulta absolutamente necesario interponer recurso de alzada frente a la resolución del Director, y la resolución del recurso de alzada corresponde al Presidente del Instituto (artículo 8.2.g de la citada ley), frente al cual se interpone el correspondiente recurso contencioso-administrativo. El hecho de exigir la interposición de recurso de alzada previo a la vía contenciosa-administrativa posibilita al administrado una segunda oportunidad de obtener una resolución favorable a sus intereses.

— También la competencia del órgano judicial varía, puesto que, de tratarse de una responsabilidad patrimonial, el conocimiento del recurso puede corresponder a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en función de la cuantía (artículos 8.2.c, 10.1.a y 13.1.c de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), mientras

que, si lo calificamos como una responsabilidad *ex lege*, conocen los Juzgados de lo contencioso-administrativo, independientemente de la cuantía, en virtud del artículo 8.3 de la citada ley. En apoyo de esta última postura encontramos el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección 1, de 5 de octubre de 2012, que declara su falta de competencia y acuerda remitir las actuaciones al Juzgado con base en el citado artículo 8.3.

— Y, por último, entender que nos encontramos ante una responsabilidad *ex lege* podría implicar que, en caso de que el legislador aragonés cambiase de criterio, y optase por no prever indemnización alguna en la ley de caza por estos daños, la objetivación y sistematización del mecanismo de responsabilidad desaparecería, y, de no considerarse la caza como una expresión de un servicio público, no se podría dirigir reclamación alguna contra la Administración autonómica (68) con base en el mecanismo de la responsabilidad patrimonial.

En definitiva, la regulación de la naturaleza de esta responsabilidad es opinable, y hemos podido analizar las diferencias que conlleva optar por una u otra opción. En cualquier caso, quizá la única similitud que podemos encontrar es la premisa general de la que parten ambas clases de responsabilidad, cual es que, cumpliendo los respectivos requisitos legales, el perjudicado tiene derecho a ser indemnizado por la Administración autonómica aragonesa.

V. TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y DOCTRINA JUDICIAL

Como premisa previa, recordar que en el epígrafe anterior ya hemos apuntado que no existe un procedimiento específico regulado para este tipo de reclamaciones, por lo que se sigue lo dispuesto en los artículos 68 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativos a las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos.

En el presente epígrafe, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos sintetizar esquemáticamente los pasos que se siguen en la tramitación administrativa, haciendo referencia a la doctrina judicial de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza que ilustran los incidentes que surgen al hilo de dicho procedimiento.

1. Todo expediente administrativo comienza necesariamente con la presentación por el interesado del correspondiente escrito de petición de responsabilidad por el que solicita la indemnización correspondiente. Se entiende

(68) PARRA LUCAN, María Ángeles (1999:37).

aplicable el plazo de prescripción para reclamar del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Se comunica al reclamante el acuerdo de inicio, en el que se le indica, entre otras cuestiones, cuál es el órgano competente para la resolución de la reclamación (69).

Lo cierto es que la casi totalidad de las reclamaciones, se refieren a accidentes causados por especies cinegéticas procedentes de terrenos cinegéticos. Por ello, vamos a centrar la exposición en los procedimientos tramitados y resueltos por el Instituto respecto a estos terrenos, sin perjuicio de realizar las oportunas reseñas a las especialidades de aquellos otros procedimientos relativos a los restantes supuestos, en lo que puedan marcar alguna diferencia significativa.

También se le indica el plazo máximo que tiene la Administración para resolver y el sentido del silencio administrativo. En cualquier caso, el plazo para resolver el procedimiento es de seis meses contados a partir de la fecha de entrada de la reclamación en el registro del órgano competente. Ahora bien, los efectos del silencio administrativo son diametralmente opuestos, según sea competente el Instituto o el Departamento: si es competente el primero, los efectos del silencio son positivos es decir, se entiende estimada la reclamación, mientras que si es competente el segundo, los efectos son negativos, es decir, se entiende desestimada. Esto es así porque, si resulta competente el Instituto, conforme al Anexo de la Ley 10/2013, de 19 de diciembre del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental (70), el sentido del silencio es positivo. Mientras

(69) Actualmente pueden ser dos los órganos competentes para tramitar y resolver, dependiendo de la clase de terreno de donde procedan las especies: de acuerdo con el artículo 3.2 de la Ley 10/2013, de 19 de diciembre, del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental (INAGA), el Instituto asume la competencia de tramitación y resolución de los procedimientos administrativos y de emisión de informes que se relacionan en el Anexo de dicha Ley, cuyo punto 34 especifica que es competencia del mismo las reclamaciones de daños de naturaleza no agraria causados por especies cinegéticas en los siguientes terrenos: a) Terrenos cinegéticos: en cotos privados, cotos deportivos, cotos municipales y en explotaciones intensivas de caza. b) Terrenos no cinegéticos, excepto en refugios de fauna silvestre, vedados y zonas no cinegéticas voluntarias. Por tanto, las reclamaciones indemnizatorias por los accidentes causados por las especies procedentes del resto de terrenos cinegéticos no incluidos en el párrafo a) —por ejemplo, cotos de propiedad autonómica aragonesa— y los terrenos exceptuados en el párrafo b) —refugios de fauna silvestre, vedados y zonas no cinegéticas voluntarias— serán tramitadas y resueltas por el Departamento competente en Medio Ambiente.

(70) Punto 34 del Anexo de la Ley 10/2013, de 19 de diciembre, del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental: a) *Terrenos cinegéticos: en cotos privados, cotos deportivos, cotos municipales y en explotaciones intensivas de caza.* b) *Terrenos no cinegéticos, excepto en refugios de fauna silvestre, vedados y zonas no cinegéticas voluntarias.*

que si resulta competente el Departamento competente en Medio Ambiente (en relación al resto de terrenos), resulta de aplicación la regla general del silencio negativo establecida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 142.7, además de la misma previsión específica prevista en el artículo 13.3 del Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos para las administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (71). Así lo distingue la Sentencia nº 266/2010 de 15 de septiembre del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 5 de Zaragoza.

3. Se acuerda admitir y practicar las pruebas pertinentes, ya sea las aportadas o propuestas por el reclamante, como las que de oficio estime necesarias la Administración, notificando dicho acuerdo al reclamante. Las pruebas a practicar son, con carácter general, las de naturaleza documental.

Esta fase es fundamental para la resolución de la reclamación presentada, pues dependiendo de los datos recabados, se estimará o desestimará la misma.

Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza han ido perfilando los criterios a seguir en materia de prueba, y la Administración acoge dicha doctrina judicial como parámetro para valorar la información recabada y resolver. Por ello consideramos conveniente exponer esta fase del procedimiento administrativo realizando las referencias oportunas a esta doctrina judicial.

La prueba recabada de oficio consiste principalmente en el informe del área técnica correspondiente del Instituto, sobre la identificación del terreno colindante al punto kilométrico de la carretera autonómica donde se ha producido el accidente. Además, se amplía la información al resto de terrenos existentes en el radio de hasta un kilómetro alrededor del citado punto kilométrico, adjuntándose el mapa correspondiente al expediente. La circunscripción a un kilómetro en la investigación del resto de terrenos existentes alrededor del citado punto kilométrico ha suscitado el desacuerdo de los reclamantes, por cuanto entienden que dicho radio puede ser escaso, dada las amplias distancias que

(71) Artículo 142.7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Si no recae resolución expresa se podrá entender desestimada la solicitud de indemnización. Artículo 13.3 del Real decreto 429/1993 de 26 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos para las administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial Transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento, o el plazo que resulte de añadirles un período extraordinario de prueba, de conformidad con el artículo 9 de este Reglamento, sin que haya recaído resolución expresa o, en su caso, se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular.

entienden son capaces de recorrer los animales. Nuestros Juzgados concluyen que este radio de acción se revela suficiente y sensato, entendiendo que se trata de una especie de ficción que resulta razonable en los casos en que no existe ninguna otra prueba de la procedencia del animal (72).

Así mismo se solicita a la unidad técnica del Instituto para que informe si en los terrenos afectados en ese radio de 1 kilómetro, el día del accidente (y/o la víspera, según la hora en que se produjo el mismo) era día hábil o no de caza, y en el supuesto de que fuera día hábil, especifique las especies cinegéticas objeto de autorización, y en su caso, la modalidad de caza. Si se constata que era día hábil de caza, se considera aconsejable consultar a los representantes legales de los terrenos para que declaren si efectivamente ejercitaron su derecho a cazar.

Precisamente sobre la influencia que puede tener la modalidad de caza para estimar o desestimar la reclamación administrativa si era día hábil de caza y efectivamente se ejercitó la misma, la Administración estuvo manteniendo durante un tiempo el criterio por el cual, la caza de determinadas especies, como el corzo «a rececho», es una modalidad de caza que no conlleva el desplazamiento de la fauna, ya que no se utilizan perros, por lo que no se ha podido producir un acoso y una persecución incontrolada por parte de estos, a las especies cinegéticas que, en su huida o posterior retorno, pudieran irrumpir en la calzada con riesgo de ocasionar accidentes de tráfico. De hecho, algún sector doctrinal (73) opina que, únicamente las batidas, los ganchos o monterías pueden provocar que las piezas de caza, acosadas por perros y ojeadores, invadan la calzada.

Por tanto, se entendía que el ejercicio de dichas modalidades de caza no era susceptible de causar el accidente, y por lo tanto, se desestimaba la reclamación en vía administrativa.

Sin embargo, los órganos judiciales no entendían lo mismo: *«Desde luego, puede que el método (...) sea menos invasivo que otros, ahora bien, entendemos que de dicha circunstancia no cabe concluir sin más que exista la causa de exoneración en la que la Administración pretende ampararse, máxime, cuando las consideraciones sobre dicho método se efectúan en su integridad de manera*

(72) Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza en Sentencias 224/2011 de 1 de junio, 124/2011 de 23 de marzo, 25/2013 de 5 de febrero y 28/2013 de 6 de febrero: *«se revela sensata la delimitación que se efectúa respecto de los aprovechamientos cinegéticos sitios en un kilómetro alrededor del lugar del accidente, sin que sea procedente extender la eventual responsabilidad más allá de dicha delimitación (...) Es una delimitación pues e toma como base cuando no existe ninguna otra prueba de la procedencia del animal (...)se trata de una especie de ficción que resulta razonable».*

(73) CUENCA ANAYA, Francisco (2005), www.laleydigital.laley.es.

absolutamente genérica y sin referencia alguna al supuesto litigioso. Lo cierto y acreditado es, que (...) hubo actividad cinegética en el lugar, actividad ésta que ni siquiera la administración descarta «en todo caso» como posible causa de los hechos, y por tanto y dicho esto, entendemos que no cabe mantener que la conclusión denegatoria de la indemnización solicitada a la que llega la Administración, desvirtúe los indicios probatorios obrantes en autos, indicios estos suficientes al objeto pretendido, ya que, ni por voluntad directa de la ley en orden a la carga probatoria que incumbe a cada uno de los implicados, ni por el principio de “facilidad probatoria” previsto y recogido en el artículo 217 LEC, resultaría admisible imponer al perjudicado otra suerte de “probatio diabólica” no conforme y ajustada a derecho, en orden a la reclamación y satisfacción de pretensiones justas, cuyo resarcimiento resulta plenamente previsto legalmente» (74). O, en otras palabras, «Ciertamente la Administración y su Sra. Letrada han hecho hincapié en la modalidad de caza, poco propicia en orden a estimular el movimiento de animales salvajes, no obstante lo cual, tal circunstancia (al entender de este Juzgado), no resulta suficiente para superar la mencionada carga probatoria, en la medida que la simple presencia de cazadores (y más aún, los disparos que puedan producirse), puede constituir objetivamente un estímulo del movimiento de animales; máxime si se tiene en cuenta la hora, no demasiado tardía, en que se produjo el accidente» (75).

Además de esta prueba documental recabada de oficio en el seno interno del Instituto, se requiere a la Guardia Civil de Tráfico a fin de que remita original o copia compulsada de las diligencias instruidas por el accidente (esta actuación presupone que el reclamante ha aportado fotocopia simple, pues en caso contrario, se le requiere subsanación de su solicitud). Correspondiendo en cualquier caso al reclamante probar el accidente y que éste se haya ocasionado por el atropello de una especie cinegética, el atestado instruido por la Guardia Civil (modelo ARENA) se considera generalmente prueba suficiente.

Igualmente se requiere a los titulares de los terrenos afectados para que declaren sobre la actividad cinegética llevada a cabo en el día del accidente (ex artículo 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). E incluso puede requerírseles la misma información respecto del día de la víspera, en función de la hora en que se haya producido el accidente, ya que está prohibido cazar fuera del período comprendido entre una hora antes de

(74) Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Zaragoza en numerosas sentencias, como por ejemplo, Sentencia nº 324/2009 de 18 de noviembre, Sentencia nº 285/2009 de 16 de octubre, Sentencia nº 207/2009 y 208/2009 de 22 de julio, Sentencia nº 227/2009 de 27 de julio, Sentencia nº 386/2008 de 2 de diciembre.

(75) Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Zaragoza en Sentencias nº 250/2009 y nº 251/2009 de 20 de julio.

la salida del sol y una hora después de su puesta (infracción grave del artículo 83.23 de la ley de caza aragonesa). Sobre esta cuestión concreta, también han tenido ocasión de pronunciarse sobre nuestros Juzgados, concluyendo que si han transcurrido unas veinticuatro horas desde que el día anterior finalizase la caza, es irrelevante el ejercicio de la misma el día de la víspera en relación a una posible conexión con el accidente (76).

Por tanto, se estima prudente acogerse a la referencia del transcurso de más o menos de veinticuatro horas como punto de partida para entender si la actividad cinegética desarrollada pudo ser causa directa o no en la producción del accidente, de manera que transcurridas menos de veinticuatro horas desde que finalizó la caza el día de la víspera y la hora del accidente, nuestros juzgados consideran que el ejercicio de la caza el día anterior si que es relevante en la producción del evento lesivo, considerando entonces el accidente como consecuencia directa de la acción de cazar, aunque el día de autos en si mismo no se hubiese ejercitado la caza (77).

Lo cierto es que la cuestión que mayores desencuentros ha suscitado entre Administración y reclamantes es la declaración de los representantes de los cotos o terrenos afectados sobre si el día del accidente (y/o la víspera) se realizó en el mismo alguna actividad cinegética. En caso afirmativo, se le solicita que declare la especie cazada y la modalidad de caza practicada. Y en caso negativo, que certifique que no le consta que en dicho terreno se realizara actividad cinegética de ninguna clase en el día consultado.

En ocasiones los reclamantes entienden que la declaración responsable de los titulares de los terrenos cinegéticos afectados manifestando que no han ejercitado el derecho a la caza, no es prueba suficiente para entender que concurre la causa de exoneración prevista en el artículo 71.bis.2.b) de la ley de caza aragonesa. Sin embargo, nuestros Juzgados se han pronunciado

(76) Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza, en Sentencia nº 255/2011 de 23 de septiembre y sentencia nº 168/2010 de 2 de junio; Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza, en Sentencia nº 337/2011 de 21 de noviembre y Sentencia nº 121/2010 de 29 de marzo; Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Zaragoza, en Sentencia nº 260/2009 de 13 de octubre; Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Zaragoza, en Sentencia nº 280/2010 de 30 de septiembre y nº 80/2013 de 13 de marzo.

(77) La Sentencia nº 108/2012 de 27 de abril del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Zaragoza, entiende que, al producirse el accidente a las 23,15 horas y haber existido actividad cinegética el día anterior en uno de los Cotos afectados, la demanda debe ser estimada ya que la actividad cinegética desarrollada menos de veinticuatro horas antes del accidente, ha de entenderse causa directa del siniestro, ya que dicha actividad produce un movimiento de fauna indeterminado y desorientado que da lugar al resultado lesivo por el que se reclama; también este mismo Juzgado, en Sentencia nº 335/2009 de 25 de noviembre.

expresamente sobre la valoración de esta prueba y su suficiencia. Los Cotos, al efectuar tales manifestaciones «*elaboran un documento que va surtir en vía jurisdiccional los efectos oportunos, lo que implicaría para los mismos las responsabilidades de todo orden, incluso penal, a que hubiera lugar, de faltar a la verdad en dichas manifestaciones; en segundo lugar, porque en muchas ocasiones como esta, ni siquiera resultan demandados y es más, confirmar que hubo caza, a lo que puede llevar es a una condena directa de la administración, eximiéndoles en principio a ellos mismos de toda responsabilidad ante esta sede; y en tercer lugar, porque en muchas ocasiones los cotos manifiestan sin problemas la existencia de caza en el día de los hechos o su víspera y la modalidad efectuada, lo que no da pie a pensar que nos encontremos ante una actitud obstruccionista habitual que deba ser corregida o investigada*» (78). Debe hacerse notar que «*el hecho de que se practicara la acción de cazar le puede suponer una exoneración de responsabilidad por cuanto si el daño se produce como consecuencia directa de la acción de cazar, la responsabilidad corresponde a la Administración y no al Coto. Es decir, no existe ningún interés por parte del titular del coto en negar el ejercicio de la caza ni en faltar a la verdad cuando efectivamente no se ha cazado*» (79). «*La parte actora discute el valor probatorio que debe dispensarse a las declaraciones del titular del coto, que califica de interesadas y parciales (...) no puede admitirse este argumento por cuanto quien ha suscrito el documento y por ende, ha certificado que no existió actividad cinegética, ha asumido la responsabilidad de efectuar tales declaraciones o certificaciones, con la consecuencia que pudiera derivarse de su falta de veracidad...*» (80).

A falta de mayor prueba por el reclamante, estas declaraciones constituyen documentos probatorios fehacientes y suficientes, sin que se entienda por los órganos judiciales, como hemos visto, que exista interés en negar el ejercicio de la caza dado que en caso de reconocer que ha existido alguna actuación cinegética, responde de los daños reclamados la Comunidad Autónoma de Aragón.

Estas conclusiones son válidas en dos supuestos:

(78) Sentencia nº 35/2011 de 7 de febrero del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Zaragoza

(79) Sentencia nº 123/2011 de 23 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza las Sentencias nº 310/2010 de 13 de septiembre, nº 271/2009 de 5 de octubre, nº 258/09 de 23 de septiembre, nº 25/2013 de 5 de febrero y nº 28/2013 de 6 de febrero de este mismo Juzgado.

(80) Sentencia nº 274/2011 de 5 de octubre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Zaragoza. En este mismo sentido, las Sentencias nº 275/2011 de 5 de octubre, nº 50/2013 de 7 de febrero de este mismo Juzgado, y Sentencia nº 75/2013 de 25 de marzo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza.

— Cuando el día del accidente (o la víspera, según la hora en que se produjo el mismo) era hábil para la caza, y por ello, ha ejercitado su derecho a cazar. En tales casos, es evidente que el representante legal del terreno no tiene interés alguno en faltar a la verdad, pues el accidente se considera consecuencia directa de la acción de cazar, y dada la actual configuración de la responsabilidad por daños provocados por el atropello de especies cinegéticas, responde *ex lege* la Administración autonómica. De hecho, si tales declaraciones constan ya en vía administrativa, se estima directamente la reclamación del interesado.

— Cuando el día del accidente (o la víspera, según la hora en que se produjo el mismo) era día hábil para la caza, pero el representante legal del terreno cinegético declara que no ha ejercitado su derecho a cazar. A falta de mayor prueba por parte del interesado sobre la realización de actividad cinegética, no se estima en vía administrativa la reclamación, y si la misma llega a convertirse en recurso contencioso-administrativo, ya hemos visto como nuestros Juzgados consideran estas declaraciones prueba fehaciente y suficiente.

En definitiva, la Administración recaba de oficio buena parte de las pruebas necesarias; paralelamente a la instrucción de estas pruebas de oficio, se le requiere al reclamante para que aporte aquella documentación que no adjuntó a su escrito de reclamación, dándole un plazo de diez días para su subsanación (al amparo del artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

La documentación que la Administración suele considerar necesaria de aportación por parte del reclamante es, con carácter general, la siguiente: Documento Nacional de Identidad, escritura pública que acredite la representación, permiso de circulación del vehículo, permiso de conducción del conductor, recibo del pago del impuesto de circulación, tarjeta de la Inspección Técnica de Vehículos, póliza del seguro del vehículo, recibo del pago de la póliza del seguro, atestado de la Guardia Civil, factura de la reparación del vehículo, documento acreditativo del pago de dicha factura, documento acreditativo del pago de la franquicia (si consta su existencia en el contrato de seguro), informes médicos y de valoración de daños corporales (si existen lesiones).

El problema surge cuando, o bien el reclamante no aporta la documentación solicitada, o bien la aporta de manera defectuosa (por ejemplo, sin cumplir con los requisitos formales de aportar originales o copias compulsadas).

En puridad, el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es claro con las consecuencias que supone la omisión o el defectuoso cumplimiento de la subsanación: se tendrá por desistido al interesado de su petición (previa resolución que deberá ser dictada en los

términos previstos en el artículo 42 del citado cuerpo legal). En cumplimiento del mismo, la Administración no entra a resolver sobre el fondo de la cuestión (estimando o desestimando la reclamación), sino que dicta resolución por la que se le tiene por desistido de la misma.

Sin embargo, los órganos judiciales en ocasiones adoptan un criterio menos riguroso o formalista (81), por lo que, la Administración, tras el estudio de la reclamación concreta, ante la falta de aportación de determinada documentación (ya sea por su completa omisión o por no presentarla en debida forma), puede dictar una resolución administrativa estimatoria condicionada a la efectiva presentación de dichos documentos (por ejemplo, presentación de prueba del efectivo pago de la factura de reparación del vehículo).

En este mismo trámite, de acuerdo con el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se suele adoptar el acuerdo de suspensión del procedimiento en atención al tiempo que pueden tardar en responder los titulares de los terrenos afectados sobre la actividad cinegética llevada a cabo o no en el día del accidente, acordándose dicha suspensión por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento de informe a los mismos y su efectiva contestación o hasta que transcurra el plazo concedido.

Estas declaraciones de los titulares de los cotos o terrenos implicados resultan esenciales cuando el informe emitido por el área técnica del Instituto constata que el día del accidente (y/o víspera) era día de hábil de caza, ya que, como hemos visto, el artículo 71 bis 2.b), exonera a la Administración del pago de la indemnización cuando *«el accidente o siniestro no sea consecuencia directa de la acción de cazar. A tal efecto, se presumirá que el accidente o siniestro no es consecuencia directa de la acción de cazar cuando no se hubiera producido un acto concreto de caza que resulte acreditado»*.

Es decir, aunque la jornada hubiera sido hábil para la caza, no se considera que el accidente o siniestro sea consecuencia directa de la acción de cazar cuando no se ha ejercitado la misma, salvo que se acredite que efectivamente se ha producido un acto de caza concreto que ha provocado el desplazamiento de la especie cinegética a la carretera.

(81) Sentencia nº 102/2010 de 24 de marzo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Zaragoza, Sentencia nº 35/2012 de 6 de febrero. Sentencia nº 157/2012 de 25 de mayo, nº187/2013 de 1 de julio y nº 265/13 de 21 de noviembre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Zaragoza, Sentencia 279/2011 de 1 de septiembre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza, Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza, en Sentencia 341/2010 de 9 de noviembre. Sentencia nº 57/2014 de 22 de julio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Zaragoza.

Como hemos visto, la comunicación de los titulares de los cotos o terrenos certificando que en dichos terrenos no se realizó actividad cinegética de ninguna clase en el día consultado, se considera por la doctrina judicial prueba suficiente y fehaciente para entender que concurre el supuesto de exoneración de pago por parte de la Administración, previsto en el artículo 71 bis 2 b) de la Ley de caza aragonesa.

Por tanto, esta información resulta esencial para la resolución del procedimiento en un sentido o en otro, a efectos de valorar si concurre la citada causa de exoneración. De ahí que la Administración suspenda el curso del procedimiento hasta su efectiva contestación o hasta que transcurra el plazo concedido, o inclusive, con una actitud administrativa *pro administrado*, durante más tiempo, apurando el plazo de seis meses que tiene para resolver (recordemos que el sentido del silencio es estimatorio).

Si los titulares de los cotos o terrenos contestan en plazo, se dicta resolución por la que se acuerda el levantamiento de la suspensión (y se notifica al reclamante), y la posterior resolución administrativa del procedimiento no plantea mayores problemas, ya que, si finalmente es estimatoria de la totalidad de sus pretensiones, no da lugar a procedimiento judicial alguno; y si es desestimatoria y el interesado acude a los órganos judiciales, son estos los que dirimirán si la resolución administrativa es o no conforme a derecho.

El problema se plantea cuando, requeridos para proporcionar dicha información a la Administración en vía administrativa, transcorre el plazo y no contestan (82). Esta situación de silencio sitúa a la Administración en la obligación de resolver (83), a falta de mayores pruebas, conforme al informe técnico obrante en el expediente, el cual recordemos, se pronuncia sobre si el día del accidente era hábil o no para la caza. De este modo, si en dicho informe se constata que no era día hábil de caza, previa propuesta de resolución notificada al reclamante y, en su caso, tras el examen de las oportunas alegaciones de éste, el Director del Instituto dicta resolución desestimatoria por entender que concurre la exoneración prevista en el artículo 71.bis 2b) de la ley de caza aragonesa. Dicha resolución es susceptible de recurso de alzada ante el Presidente del Instituto en el plazo de un mes desde el día siguiente a la notificación. La Resolución del Presidente es susceptible de recurso contencioso-administrativo ante dicha jurisdicción en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la misma (conforme a los artículos 10 y 46 de

(82) Si transcurrido el plazo otorgado no ha remitido contestación, la Administración realiza un segundo requerimiento en aras de poder resolver el procedimiento dentro de los seis meses.

(83) Ya que si no resuelve en el plazo de seis meses, el sentido del silencio es estimatorio (punto 34 del Anexo de la Ley 10/2013 de 19 de diciembre, del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental)

la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Llegados en este punto a la vía contenciosa, la problemática ha venido de la mano de las declaraciones que, en este momento y *ex novo* (84), aportan los titulares de los terrenos. Siendo que han guardado silencio durante la tramitación del procedimiento en vía administrativa, en vía judicial aportan declaración certificando que día del accidente se ejerció la caza. Esta clase de manifestaciones han sido valoradas por los órganos judiciales como prueba suficiente y fehaciente para condenar a la Administración al pago, independientemente de que en vía administrativa, aun teniendo la obligación y la oportunidad de aportar tales declaraciones, no las hayan aportado (85).

También puede plantearse un problema, no ya ante el silencio en vía administrativa de los titulares de los terrenos requeridos, sino ante las declaraciones contradictorias vertidas por los mismos: en un primer momento, aportan declaración en vía administrativa por la que manifiestan no haber cazado, y posteriormente, vierten declaración contradictoria en la vía judicial, certificando que el día de autos se ejerció la caza en su terreno.

Como vemos el supuesto de hecho desde el que se parte es diferente al caso anterior. Ya no estamos valorando un primer silencio en vía administrativa y una segunda declaración expresa en vía judicial manifestando la existencia de caza. Ahora nos encontramos ante una declaración expresa y responsable vertida en vía administrativa por la que manifiestan no haber cazado, y una segunda declaración expresa y responsable vertida en vía judicial por la que manifiestan haber cazado, es decir, una declaración posterior en sentido diametralmente opuesto.

En ocasiones estas últimas manifestaciones se valoran por los órganos judiciales como fehacientes y suficientes para condenar a la Administración al pago, a pesar de constar en el procedimiento administrativo declaraciones en sentido contrario, y en base a las cuales se ha dictado la resolución administrativa desestimatoria (86) (queda a salvo el derecho de la Administración de

(84) Ya sea como resultas de la práctica de esta prueba propuesta por la parte actora, o si ha sido dispuesta de oficio por el juez, o mediante su práctica como diligencia final.

(85) Cabe hacer notar que, de haber aportado los titulares de los terrenos esta declaración en vía administrativa mientras se estaba tramitando la reclamación, al no concurrir la causa de exoneración prevista en el artículo 71.bis 2b) de la ley de caza aragonesa, la Administración habría estimado la reclamación, indemnizando únicamente por el principal, y no por los intereses.

(86) Sentencia nº 297/2011 de 8 de noviembre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 y por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 4 en Sentencia nº 269/2009 de 13 de octubre.

ejercitar las acciones legales oportunas contra los cotos, conforme al artículo 71 bis 4 de la ley de caza aragonesa).

También suelen existir desencuentros entre la concepción que tienen los reclamantes sobre «los actos preparatorios de la acción de cazar» y la noción que sostiene la Administración.

Los reclamantes alegan que el hecho en si mismo de la existencia de un acotado, donde se facilita la proliferación de las especies cinegéticas y la propia existencia de estas, supone un acto preparatorio de la acción de cazar, y por ende, sin el mismo, no podría ejercitarse la caza, actividad que es la causa directa del siniestro. Alegan que el control de las especies cinegéticas corresponde en primera instancia a la Administración, pues es ésta quien autoriza los días hábiles de caza, otorga autorizaciones excepcionales, determina los terrenos destinados al ejercicio de la caza, otorga las licencias para cazar, cobra las tasas oportunas para desarrollar dicha actividad... de modo que tal hipótesis conllevaría a la conclusión de que basta la existencia de un terreno cinegético cercano al lugar del siniestro para declarar la obligación de pago de la Administración, independientemente de cualquier otra circunstancia como la intervención de culpa o negligencia del accidentado o incumplimiento de las obligaciones del titular del terreno. Es decir, consideran los actos preparatorios como causa indirecta o mediática del resultado dañoso, y que por tanto, estos actos deben subsumirse en el concepto de «consecuencia directa de la acción de cazar» que obliga a la Administración al pago de la indemnización de los daños.

El artículo 71 bis de la ley aragonesa requiere que el accidente haya sido «consecuencia directa de la acción de cazar» para que la Administración asuma el pago de los daños, requisito que se configura a priori en un cuasi concepto jurídico indeterminado, que exige ser dotado de contenido concreto en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes. Ahora bien, no podemos olvidar que, con la inclusión de este requisito, la finalidad del legislador ha sido excluir el sistema de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva *ex lege* de la regulación originaria, pues se exige no solo que el resultado dañoso sea consecuencia de la acción de cazar, sino que además, sea consecuencia *directa*, lo que implica una relación más estrecha del resultado con su origen, pues debe ser algo más que una consecuencia del mismo.

Por ello, la doctrina judicial, respaldando la tesis mantenida por la Administración, ha entendido que es inadmisibles pretender que la mera existencia de un terreno cinegético y el desenvolvimiento habitual de su vida y gestión implique que todo siniestro lleve aparejada una indemnización «de plano», ya que, además de tener en cuenta las circunstancias concretas, en cualquier caso el resultado lesivo debe ser directamente derivado de la acción de cazar.

Y acción de cazar, no es la mera posibilidad legal y organizada de hacerlo, sino que es necesario ejercitarla efectivamente. Partiendo de la litera-

lidad del artículo 2 de la ley de caza aragonesa, según el cual, «se considera acción de cazar la realizada por el hombre directamente o mediante el uso de armas, animales domésticos y otras artes o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar animales silvestres con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o facilitar su captura por terceros, así como la ejecución de los actos preparatorios que contribuyan a dicho fin», no se puede identificar a la mera existencia de un terreno cinegético y el desenvolvimiento habitual de su vida y gestión, como un acto preparatorio de la acción de cazar, ya que el requisito de que el daño sea consecuencia *directa* de la acción de cazar, exigiría que el acto preparatorio incluyera a tal efecto, se encaminara *directamente* a la efectiva realización de la acción de caza determinada y prevista que pretende desarrollarse en momento determinado y específico (como por ejemplo, una determinada actuación llevada a cabo por el propio acotado con los animales del mismo, actuación previa al acto mismo de la caza, y destinada a facilitar o permitir la posibilidad de su desarrollo en momento determinado, nunca de carácter genérico).

Dicho esto, aunque no exista una responsabilidad directa de la Administración derivada de los actos preparatorios de la acción de cazar, puede existir dicha responsabilidad derivada de la acción de cazar en sí misma, siempre que resulte probado por el recurrente, conforme a los principios generales en materia probatoria (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que el daño cuantificado y probado por el que reclama, ha sido causado por una especie cinegética y que ha existido un acto de caza que ha provocado el desplazamiento del animal a la carretera.

Para entender que concurre este supuesto de hecho, probada la existencia de la especie cinegética atropellada (como documento probatorio fehaciente, suele aportarse por el recurrente atestado de la Guardia Civil donde se recoja tal extremo) y probado que se ha ejercitado el derecho a la caza (mediante las declaraciones de los titulares de los acotados), no se exige al reclamante ninguna otra prueba de carácter más concreto de acuerdo con el principio de facilidad probatoria. Así, en esos supuestos de gran dificultad probatoria, imponer al actor la obligación de probar la culpa del titular del aprovechamiento cinegético podría ser lo que se ha identificado con la expresión de «*prueba diabólica*», aplicando el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (87).

A estos efectos cabe recordar la nueva redacción del artículo 71 bis 2 b), el cual, tras exonerar de la obligación de pago a la Administración cuando el accidente no sea consecuencia directa de la acción de cazar, recoge como novedad una presunción *iuris tantum* según la cual, cuando no se hubiera producido un acto *concreto* de caza que resulte acreditado, el accidente no

(87) SANJURJO RÍOS, Eva Isabel (2008: 6).

se considerará consecuencia directa de la acción de cazar. Es decir, con esta nueva previsión, parece que el legislador pretende aclarar la necesidad de prueba *directa* por parte del recurrente, sin que se entienda que constituya una *probatio diabólica* (88).

4. Recibidas las declaraciones de los representantes legales de los terrenos cinegéticos afectados sobre el ejercicio o no de la caza el día de autos, o en su caso, transcurrido ampliamente el plazo otorgado para contestar, el instructor acuerda el levantamiento de la suspensión, contra el que no cabe recurso alguno, notificándose al reclamante.

5. Una vez transcurrido el período probatorio, se da por finalizada la instrucción del procedimiento, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se pone de manifiesto el expediente a los representantes legales de los terrenos cinegéticos afectados (se concede el máximo previsto en el apartado 2 del citado artículo, es decir quince días naturales), a los efectos de que puedan formular alegaciones y presentar los documentos y justificantes que se estimen pertinentes. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

6. Finalizado el período de audiencia, se dicta la propuesta de resolución, y en la misma se le otorga al reclamante un plazo de diez días para que pueda presentar las alegaciones o documentos que estime pertinentes.

7. Elevado el expediente administrativo al Director del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental, éste resuelve el procedimiento (89). Dicha resolución no agota la vía administrativa y frente a la misma el interesado puede interponer recurso de alzada ante el Presidente del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con el artículo 115 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Si el interesado interpone dicho recurso de alzada, el mismo será resuelto por el Presidente del Instituto conforme a las disposiciones generales de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La

(88) Sentencia nº 25/2013 de 5 de febrero, nº 28/2013 de 6 de febrero, y nº 75/2013 de 25 de marzo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza.

(89) Ya hemos visto que, si transcurridos seis meses desde la interposición de la reclamación no se produce una respuesta expresa de la Administración, el sentido del silencio es estimatorio.

resolución del recurso de alzada agota la vía administrativa, por lo que se podrá interponer contra la misma recurso contencioso-administrativo, conforme a las disposiciones generales de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VI. CONCLUSIONES

1ª) Sin bien podemos identificar como origen más cercano del fundamento de la responsabilidad por esta clase de daños, al artículo 1.906 del Código Civil, de marcado carácter subjetivista o culpabilista, el cual identifica como sujeto responsable al *propietario de la heredad de caza*, la promulgación de la posterior Ley estatal de caza en 1970, cuyo artículo 33 se basa en una concepción objetiva de la responsabilidad que recae fundamentalmente sobre los titulares de aprovechamientos cinegéticos, viene a derogar tácitamente el mencionado artículo 1.906 del Código Civil (derogación que ha defendido el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1985).

Sin embargo, la hegemonía que ostentaba la norma estatal sobre todo el territorio nacional y sobre cualquier clase de daños, se vio diluida en primer lugar, por el nuevo sistema constitucional de reparto de competencias que permitió la Constitución Española, cuyo artículo 148.1.11 otorga la competencia en materia de caza a las Comunidades Autónomas, mediante la asunción de la misma en sus diferentes Estatutos de Autonomía. De esta manera, comenzaron a proliferar poco a poco distintas normas administrativas autonómicas, que en la mayoría de las casos ofrecen criterios diferentes entre sí de imputación de responsabilidad ante un mismo hecho dañoso. Estas nuevas normas autonómicas, desbancan a la ley estatal de caza en cuanto suponga un régimen de responsabilidad por daños contrario al propio.

No obstante, el Estado se reserva la competencia para legislar esas mismas actividades cinegéticas cuando afecta a la seguridad vial, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.21 de la Constitución Española. Por ello, el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, cuya disposición adicional novena, contiene una regulación específica de los daños causados concretamente en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas.

La relación entre esta última norma estatal y las normas autonómicas puede ser pacífica si siguen el mismo sentido. Pero si existen diferencias entre ambas, habrá de decantarse por la aplicación de una u otra. La Audiencia Provincial de Zaragoza, en Sentencia de 17 de diciembre de 2009, se decanta por la normativa autonómica, llegando a afirmar que, aunque se diera preferencia a la norma estatal, la misma regularía exclusivamente lo que puede entenderse

competencia de dicho legislador, es decir, responsabilidad civil. No obstante, podría decirse que ante la ausencia en la ley de caza aragonesa de regulación de la imputación de responsabilidad cuando no existe señalización (que en cambio sí prevé la norma estatal), se podría aplicar supletoriamente esta última norma en sede contencioso-administrativa, sin que intervenga en nada la responsabilidad civil, siempre que vaya dirigida contra la administración viaria.

2º) Aragón se sitúa dentro del grupo de Comunidades Autónomas que han regulado un régimen específico de responsabilidad por daños causados por atropello de especies cinegéticas, y ha optado por imponer *ex lege* a la Administración autonómica, la asunción de la indemnización, como norma general.

No existe una regulación autonómica igual a otra dentro de este grupo de Comunidades Autónomas, recogiendo la Comunidad Autónoma de Aragón un criterio muy amplio para asumir la responsabilidad por esta clase de daños, sin ni siquiera hacer una primera discriminación en función de la clase de aprovechamiento o la procedencia del animal.

3º) El artículo 71 bis de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón, recoge por imperativo legal y como norma general, la obligación de la Comunidad Autónoma de Aragón de asumir el pago de las indemnizaciones a que haya lugar a favor de los perjudicados por daños de naturaleza distinta de la agraria causados por especies cinegéticas. Para asumir esa obligación de pago podrán establecerse los mecanismos aseguradores oportunos.

Como excepciones a esta regla, recoge tres supuestos:

a. Cuando los propios perjudicados, mediante su culpa o negligencia, hayan contribuido a la producción del daño.

b. Cuando el accidente o siniestro no sea consecuencia directa de la acción de cazar. A tal efecto, se presumirá que el accidente o siniestro no es consecuencia directa de la acción de cazar cuando no se hubiera producido un acto concreto de caza que resulte acreditado.

c. Cuando no se haya observado la debida diligencia en la conservación del terreno acotado, en cumplimiento de las obligaciones que a tal fin la normativa de caza impone a su titular. Esta falta de la debida diligencia deberá ser apreciada motivadamente por el órgano competente en materia cinegética

La primera excepción se relaciona como norma general con el incumplimiento de la normativa de tráfico.

La segunda excepción exige para su aplicación que no haya existido un acto concreto de caza, de manera que, aunque el día del accidente fuera hábil para ejercitar la misma, si no se ha hecho uso de dicho derecho, no procede la asunción del pago de la indemnización por parte de la Administración. Como acción de cazar, debe estarse únicamente a la definición ofrecida por

el artículo 2 de la ley de caza aragonesa (90), sin que quepa entender englobados como actos preparatorios la mera existencia de un terreno cinegético y el desenvolvimiento habitual de su vida y gestión.

La tercera excepción se aplicará salvo que conste probada la concreta negligencia en la conservación del terreno acotado, no bastando las conjeturas o meras alegaciones genéricas de falta de conservación del mismo. Es este supuesto el que origina en la mayoría de los casos el acceso a la vía jurisdiccional civil del perjudicado contra el titular del terreno cinegético afectado, con el ánimo de obtener del mismo la indemnización deseada, y las Audiencias Provinciales aragonesas no aplican con la misma intensidad el criterio sobre la diligencia debida, siendo las Audiencias Provinciales de Zaragoza y Teruel las que hasta ahora parecen adoptar un criterio más flexible, de manera que no basta cualquier inobservancia para entender que el coto ha incumplido con sus obligaciones legales (91).

4º) No obstante, se prevé el ejercicio del derecho de repetición contra los titulares y responsables de los acotados para resarcirse de las indemnizaciones que se hubieran reconocido (por no concurrir ninguna de las excepciones previstas) cuando de la tramitación del procedimiento administrativo de reclamación de daños se desprenda falta de colaboración de los acotados implicados o cualquier otro incumplimiento de las obligaciones que les impone la normativa de caza (92).

Por falta de colaboración se entiende la ausencia de declaración sobre si se ejercitó o no la actividad cinegética (ya que transcurridos seis meses desde el inicio del procedimiento, el silencio es positivo, y esta declaración es fundamental a la hora de entender si se ha ejercitado o no la caza), o la declaración negativa en vía administrativa y posterior declaración afirmativa en vía judicial. Y como ejemplo de incumplimiento de las obligaciones que les impone la normativa de caza, podemos citar el ejercicio de la caza en días inhábiles o de especies no autorizadas. En todos estos supuestos, la Adminis-

(90) Artículo 2: Se considera acción de cazar la realizada por el hombre directamente o mediante el uso de armas, animales domésticos y otras artes o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar animales silvestres con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o facilitar su captura por terceros, así como la ejecución de los actos preparatorios que contribuyan a dicho fin.

(91) Ante las constantes condenas en vía civil de la Audiencia Provincial de Huesca a los cotos de dicha provincia, las sociedades de cazadores amenazan con abandonar en masa los cotos si no se da una solución satisfactoria (actualmente hay más de 300 sociedades). La Federación Aragonesa de Caza y el INAGA acordaron como posibles soluciones que, o bien el Instituto amplíe la cobertura del seguro, o que sea la Federación la que ofrezca uno nuevo (www.elperiodicodearagon.com, 15 de agosto de 2012).

(92) Sin perjuicio del régimen sancionador aplicable.

tración se ha visto obligada a asumir el pago de las indemnizaciones al no concurrir causa de exoneración alguna, siendo que en realidad, si el titular del acotado hubiera colaborado en vía administrativa declarando que no ejercitó la caza (93), o hubiera respetado el plan cinegético, la Administración no habría respondido de los daños causados.

5º) Además de la audiencia al titular del acotado, que si se prevé en el propio artículo 71 bis de la ley de caza aragonesa, a día de hoy no existe una disposición reglamentaria aragonesa que regule un procedimiento administrativo específico. El procedimiento administrativo que se sigue es el general previsto en los artículos 68 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque lo cierto es que también se aplica el plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 142.5 de dicha ley, propio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, sin que por otra parte, se entienda aplicable el artículo 142.6, ya que las resoluciones de los procedimientos por daños causados por atropello de especies cinegéticas deben ser recurridas en alzada previamente a interponer recurso contencioso-administrativo, constituyendo su omisión una causa de inadmisión de dicho recurso.

La mezcolanza de características justifica la diferencia de opiniones en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad. Si bien algún sector doctrinal opina que comparte la naturaleza de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, los Tribunales parecen decantarse por entender que ostenta la naturaleza de una responsabilidad *ex lege*, sin perjuicio de reconocer el carácter peculiar de este tipo de procedimiento indemnizatorio.

En definitiva, la regulación actual de la responsabilidad por el atropello de especies cinegéticas en las carreteras convencionales aragonesas, responde a una opción de política legislativa, sin que se encuentre definido todavía un procedimiento reglamentario. En cualquier caso, la configuración legal converge en la responsabilidad de la Administración autonómica cuando concurren los requisitos legales.

6º) No podemos sino concluir que, ante la incidencia del número de estos accidentes en las carreteras convencionales aragonesas, debería llevar a plantearse el reforzamiento o la innovación en las medidas sobre el tráfico, la fauna o la vía, tendentes a evitar o reducir estos siniestros, y con ello, la responsabilidad administrativa.

(93) En caso de que hubiera declarado que ejercitó la caza siendo día hábil, la Administración habría respondido del pago ya en vía administrativa, ahorrándose el pago de los intereses a los que en su caso se condena en sentencia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BERMEJO VERA, José (2003): «Perspectivas jurídicas de la caza: Especial consideración de la normativa aragonesa», en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* (coord. Luis Cosculluela Montaner), Madrid, Civitas, pp. 917-941.
- BIENDICHO GRACIA, Luis (2003): «La responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas en Aragón», en *XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, pp. 173 a 178.
- CUENCA ANAYA, Francisco (2005): «Accidentes provocados por las piezas de caza en la ley 17/2005, que reforma la de seguridad vial», en *Diario La Ley*, núm. 6323, Sección Doctrina, de 21 de septiembre de 2005, Editorial La Ley, en <http://laleydigital.laley.es/>.
- (2006): «De nuevo sobre accidentes provocados por las piezas de caza en las carreteras», en *Diario La Ley*, núm. 6611, Sección Doctrina, de 18 de diciembre de 2006, Editorial La Ley, en <http://laleydigital.laley.es/>.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar (2008): «Responsabilidad patrimonial de la Administración en accidentes de tráfico por atropellos con especies cinegéticas», en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, n° 28, pp. 81 a 110 (<http://www.asociacionabogadosrcs.org/revistas/revista28.pdf>).
- GUERRA POSADAS, Rafael (2010): «La responsabilidad por los accidentes de tráfico provocados por las especies cinegéticas tras la reforma de la ley de caza de Castilla y León, operada por la Ley 10/2009 de 17 de diciembre de medidas financieras» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 22, Septiembre 2010, pp. 213 a 226.
- LÓPEZ GALLARDO, José Ramón (2009): «La responsabilidad civil derivada de los accidente de tráfico provocados por especies cinegéticas», en <http://www.iuriscivilis.com/>.
- MERCADO SANTAMARÍA, Adolfo (2011): *Análisis de la siniestralidad provocada por la irrupción de especies cinegéticas (ciervo, corzo y jabalí) en las carreteras de la provincia de Soria. Aplicación de medidas correctoras*, tesis doctoral (Dir. Begoña Asenjo Martín), Soria, 12 de septiembre de 2011, pp. 1 a 231.
- OLEA GODOY, Wenceslao (2006): *La Responsabilidad Civil en materia de accidentes provocados por especies cinegéticas*, ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/>.
- PARRA LUCAN, María Ángeles (1999): La responsabilidad por daños producidos por animales de caza, en la *Revista de Derecho Civil Aragonés V*, n° 2, pp. 11 a 74.

- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio (2003): Accidente por atropello de especie cinegética, ¿una modificación de los criterios de imputación objetiva de la responsabilidad civil extracontractual?, en *Diario La Ley*, N° 5722, Sección Doctrina, 19 feb. 2003, año XXIII, Ref. D-44, Editorial La Ley en <http://laleydigital.laley.es/>.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel (2004): La responsabilidad civil por los daños causados por piezas de caza, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González), Vol. I, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Universidad de Murcia, pp. 4529-4584.
- SANJURJO RÍOS, EVA ISABEL: «La carga de la prueba en los accidentes provocados por las piezas de caza», en *Diario La Ley*, núm. 7083, Sección Doctrina, 26 diciembre 2008, Editorial La Ley, pp 1 a 7.
- SILVOSA TALLÓN, José Manuel (2010): «Los accidentes ocasionados por atropello de especies cinegéticas», en *Actualidad Civil*, editorial La Ley, núm. 8, quincena del 16 al 30 abr. 2010, Tomo 1, pp. 872 a 903, www.laley.es.

CRÓNICAS

LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SECTOR TURÍSTICO ESPAÑOL: LA POLÍTICA TURÍSTICA (*)(**)

RAÚL PÉREZ GUERRA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ASPECTOS HISTÓRICO-JURÍDICOS DE LA LEGISLACIÓN TURÍSTICA ESPAÑOLA: 1. La aparición del turismo y las primeras disposiciones legales. 2. El siglo XX y la llegada del turismo de masas. 3. La Constitución Española de 1978: Fundamento de la Legislación Turística actual.– II. ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN TURÍSTICA DEL ESTADO: 1. Los primeros órganos administrativos en materia de turismo. 2. La organización administrativa turística actual: El Ministerio de Industria, Energía y Turismo y otros órganos.– III. MARCO LEGAL ACTUAL DEL TURISMO: LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS: 1. El ejercicio de las competencias normativas y ejecutivas por las Comunidades Autónomas. 2. Otros títulos competenciales que pueden incidir sobre el turismo.– IV. LA POLÍTICA TURÍSTICA: 1. La política turística estatal: A) Los precedentes de la Política Turística española actual. B) El Plan Nacional e Integral de Turismo: objetivos y medidas. 2. La política turística de la Unión Europea: A) Proceso evolutivo de la Política Turística europea. B) Objetivos y acciones comunitarias en la Política Turística europea.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En el presente trabajo he pretendido estudiar el complejo entramado de la intervención administrativa sobre el sector turístico español. En este sentido he partido de analizar la evolución de la legislación turística, su tipología organizativa, la distribución de competencias; así como la política turística española y de la Unión Europea. De manera concreta, y respecto a esta última, se han analizado sus precedentes, estos son: el Plan Marco de Competitividad del Turismo Español (1992-1995) —conocido como Plan Futures I—, el Plan Marco de Competitividad del Turismo Español (1996-1999) —conocido como Plan Futures II—, el Plan Estratégico de la Política Turística Española (2000-2016) —conocido como PICTE—, y el Plan Español Horizonte 2020 (2008-2011); además del actual Plan Nacional e Integral de Turismo (2012-2016). De esta forma se trata de configurar las estructuras jurídicas del sector turístico en España, y para ello se ha ofrecido una visión actual de situación en la vertebración del Derecho administrativo del turismo de nuestro país.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 9 de septiembre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 20 de junio de 2014.

(**) Trabajo realizado en el marco del grupo SEJ 200 (Derecho Público y Privado de la Agroalimentación y de la Innovación Tecnológica) de la Universidad de Almería, adscrito al CEIA3 (Campus de Excelencia Internacional Agroalimentario).

Palabras clave: Derecho administrativo del Turismo; intervención administrativa en el sector turístico; política turística.

ABSTRACT: The aim of this paper is to deal with the problem that implies the administrative intervention over the tourism in Spain. In this sense, starts considering the evolution of the legislation relating to tourism, its organisation and the distribution of competences between the different Autonomous Regions and the Central Government. The paper ends paying particular attention to the evolution of the Spanish and European Policy relating to tourism considering, in particular, to the so called Plan Marco de Competitividad del Turismo Español (1992-1995) —better known as /Plan Futures I— ; /the / Plan Marco de Competitividad del Turismo Español (1996-1999)/ —known as /Plan Futures II/—, the /Plan Estratégico de la Política Turística Española (2000-2016)/ —known as /PCTE/—, the /Plan Español Horizonte 2020 (2008-2011);/ and, finally, the current / Plan Nacional e Integral de Turismo (2012-2016).

Key words: administrative Law; administrative intervention over tourism; policy relating to tourism.

I. INTRODUCCIÓN: ASPECTOS HISTÓRICO-JURÍDICOS DE LA LEGISLACIÓN TURÍSTICA ESPAÑOLA

El estudio del turismo desde un punto de vista exclusivamente jurídico es necesario en el momento en que el sector turístico constituye la primera industria nacional y es un factor clave para la economía al generar riqueza y empleo.

Para comprender el régimen jurídico actual del turismo es imprescindible delimitar su origen y comprender su evolución. Esta tarea nos lleva a concluir que la historia del Derecho del Turismo transcurre de forma paralela a la del fenómeno turístico, coincidiendo tanto en el inicio como en su desarrollo.

1. La aparición del turismo y las primeras disposiciones legales

Hablamos del turismo con tal familiaridad que parece que es un hábito inherente a la condición humana, desarrollado durante siglos sin más diferencias que las modas de los destinos. Sin embargo el turismo, tal y como ahora lo entendemos, es un fenómeno relativamente reciente. El mismo vocablo, que proviene del inglés «tourism», no comenzó a utilizarse hasta principios del siglo XIX, y lo hizo para designar la afición a viajar, siendo el turista un sinónimo de viajero. Fue Stendhal, en 1838, el autor que popularizó el uso de la palabra, en su obra «Mèmoires d'un touriste».

Pero el desplazamiento de personas dentro de un mismo país, o entre países distintos, es un hecho que se detecta desde la más remota antigüedad. En su origen, fue recogido simultáneamente, por la historia y la literatura,

manifestándose una proyección escrita: bien sobre viajes que se encuentran justificados por razones religiosas, políticas o bélicas; o bien la simple descripción de aquéllos, como sucede de manera muy especial con los viajeros románticos del siglo XIX.

En un primer momento, se produjeron fenómenos parecidos a los que hoy se les califica de turísticos, aunque a menor escala. Se pueden citar la afluencia de viajeros a localidades termales en tiempo de los romanos. En España, estas manifestaciones se reflejan principalmente en las corrientes religiosas de la Edad Media que suponían la veneración del sepulcro del Apóstol Santiago de Compostela. Ello determinó la creación de un dispositivo de carácter asistencial y alojativo que motivaría la aparición de una serie de diversas disposiciones legales que regulaban diferentes aspectos de los servicios prestados a los peregrinos como eran los precios máximos de los hospedajes, el control de los viajeros, los estímulos para la construcción de posadas y albergues, la vigilancia de los mesones y ventas, etc.

Con la aparición del Estado moderno la prestación de los servicios alojativos quedaba a libre iniciativa de los particulares con un mínimo control a nivel municipal. Y no es hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando aparece la primera norma que exige la licencia del «ramo de vigilancia» para la apertura de casas de huéspedes. Más tarde, disposiciones de ese tipo, en las que se requiere una autorización para la apertura de estos establecimientos, y otras, relativas al ejercicio de policía sanitaria, se suceden hasta bien entrado el siglo XX.

A lo largo de esta evolución, una característica es constante: el turismo es un fenómeno esencialmente minoritario, salvo ocasiones especialmente preparadas, como fue el caso de las grandes Exposiciones Universales en Europa.

2. El siglo XX y la llegada del turismo de masas

El turismo moderno, en los albores ya del siglo XX, es un fenómeno que afecta especialmente al Occidente Europeo, sobretudo, a los Países Mediterráneos y que atrae importantes corrientes de población por distintas razones: comerciales, de descanso, etc... En nuestro país es ésta una manifestación que empieza a tener consistencia coincidiendo con la etapa de prosperidad que conocen diversos países, una vez superada la posguerra de la segunda conflagración mundial.

En 1950 la cifra de visitantes extranjeros empieza a crecer vertiginosamente y, a medida que se produce la intensificación de la actividad turística, se va potenciando la actuación administrativa sobre el turismo por la necesidad de su seguimiento, regulación y control. Para ello, la Administración necesitaba una organización turística, con una estructura básica de órganos

ejecutivos y consultivos creados a tal efecto. Las funciones de estos organismos se corresponderían con las intervenciones administrativas sobre este sector, contempladas previamente en diversas normas aprobadas también por esa misma Administración.

En la década de los sesenta, coincidiendo con una recuperación económica se produce un desplazamiento masivo de viajeros que buscan distracción o recreo y que da lugar al denominado «turismo de masas». A partir de dicho momento se asiste a un desarrollo espectacular del fenómeno turístico que permanece hasta nuestros días y que afecta esencial e intensamente a España. En estos años, las abundantes relaciones que se producen en este ámbito acaban, en muchos casos, en fricciones que requieren de una solución y que demandan una inmediata regulación legal.

Resultado de ello son dos normas consideradas el fundamento de la Legislación Turística actual: La Ley de Competencias de 1964 y el Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas de 1965, que definen el marco legal de la actividad turística en esa época. Además, el panorama jurídico de esos años se complementa con otras disposiciones estatales que regulan cada una de las empresas prestadoras de servicios de esta índole (alojamientos, agencias de viajes, restaurantes y cafeterías, oficinas de información turística, etc...).

3. La Constitución Española de 1978: fundamento de la legislación turística actual

La Constitución Española de 1978 supone un cambio con respecto al régimen anterior, una nueva organización territorial del Estado y un complejo reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y que incide considerablemente en el turismo. A partir de este momento, las Comunidades Autónomas tienen las competencias en exclusiva sobre la actividad turística. En los años ochenta y hasta mediados de los noventa, en el ordenamiento turístico español, coexisten normas estatales de aplicación, directa o supletoria según los casos, con abundantes normas autonómicas. Ello significa que, en este panorama, la regulación estatal se convierte en Derecho supletorio de las legislaciones autonómicas en todo lo que no se ha regulado por éstas. Y sin perjuicio de la inclusión de la normativa comunitaria en el Derecho español como consecuencia de la incorporación de España a la Unión Europea en 1986, que supuso la adopción de novedades jurídicas sobre cuestiones en este ámbito, no tratadas hasta el momento, como fueron los viajes combinados, la llamada multipropiedad, o el overbooking aéreo, entre otras.

Un paso más en la evolución legislativa, ha constituido la aprobación de las distintas Leyes de Turismo por las Comunidades Autónomas que responden a dos propósitos: Primero, poner fin a la dispersión y confusión normativa

sobre la materia y, segundo, ofrecer una regulación completa y general en su territorio. En efecto, todas las autonomías han aprobado sus Leyes de Turismo e, incluso, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, habilitadas por sus Estatutos, han dictado normas similares a aquéllas pero con rango reglamentario ya que carecen de potestad legislativa.

No obstante las Leyes de Turismo no ponen fin a la tarea del legislador, todo lo contrario. Por mandato legal, se han visto desarrollados por los nuevos reglamentos autonómicos en la materia.

Finalmente, y en la actualidad, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2006/123/CE, relativa a los Servicios en el Mercado Interior, la Legislación Turística se halla en un proceso de cambio que comprende nuevas modificaciones normativas e, incluso, la adopción de otras disposiciones que abarcan no sólo Reglamentos sino también, en otros casos, Leyes de Turismo. Y es que el continuo proceso de cambio, en el que se encuentra la Legislación Turística a lo largo de su historia, es consecuencia de un fenómeno vivo y en sucesiva transformación como ha sido, es y será el turismo.

II. ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN TURÍSTICA DEL ESTADO

1. Los primeros órganos administrativos en materia de turismo

En el Derecho, que se puede denominar del turismo, el análisis de las competencias turísticas cobra una especial relevancia porque la configuración actual de su distribución determina el régimen jurídico del turismo en España y, particularmente, su organización administrativa, en la que coexisten dos aparatos organizativos en la materia, el estatal y el autonómico. Seguidamente, hay que referirse, en las siguientes líneas, a la organización administrativa del Estado dejando para un momento posterior, en el tema siguiente, el análisis de la organización andaluza.

Pues bien, la organización administrativa turística del Estado también ha sido víctima de la transformación del fenómeno turístico en España y, sobretodo, de la configuración política del Estado en cada etapa.

En un primer momento que abarca casi 50 años, desde 1905 hasta 1951, y en el que tienen presencia tres regímenes políticos diferentes —monarquía, república y autocracia—, aparecen los primeros órganos administrativos: La Comisión Nacional de Turismo o para el fomento de las excursiones artísticas y de recreo del público extranjero, que fue el primer órgano administrativo con funciones turísticas; la Comisaría Regia del Turismo, que sustituía a la anterior y cuyo propósito continúa siendo esencialmente el fomento del turismo; el Patronato Nacional de Turismo, refundido con la Comisaría Regia, cuyo logro más destacado fue la creación de la red de Paradores de Turismo de España; el

Servicio Nacional de Turismo, que se centró en la creación de nuevos destinos turísticos mediante las llamadas rutas de guerra; y, finalmente, la Dirección General de Turismo que auspicia la creación de las Juntas Provinciales y Locales de Turismo constituyéndose, en este momento, el germen de la Administración turística periférica.

En un momento posterior, que coincide prácticamente en su totalidad con los años del régimen franquista, el turismo va a depender a lo largo de casi treinta años de un mismo órgano, el Ministerio de Información y Turismo. Este departamento ministerial tiene gran interés por dos motivos: Primero, porque incluye un aparato organizativo en el que destacan diferentes órganos especializados en la materia como lo fue la Dirección General de Turismo y, posteriormente, la Subsecretaría de Turismo; y, segundo, porque constituye el modelo organizativo seguido hasta nuestros días, aunque perfilado o matizado con el transcurso de los años.

Desde entonces, el turismo se ha ubicado permanentemente en un departamento ministerial de denominación variada a elección de cada Gobierno. Pero además, la materia turística, en el seno de aquél y también a gusto del ejecutivo, ha sido tratada junto a las más diversas materias departamentales: Comercio, industria, economía, y transportes son algunas de ellas.

2. La organización administrativa turística actual: el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y otros órganos

Actualmente, el sector turístico se encuentra ubicado en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que es el departamento de la Administración General del Estado encargado de la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de turismo. Para el cumplimiento de sus funciones, y bajo su dirección, se halla la Secretaría de Estado de Turismo. Es el órgano superior encargado de llevar a cabo cuantas acciones sean precisas para la definición, desarrollo, coordinación y ejecución de las políticas turísticas del Estado. En sus actuaciones se apoya en un Gabinete que le presta asistencia inmediata y en una Abogacía del Estado para su asesoramiento jurídico.

Asimismo, en el organigrama turístico hay que diferenciar otros entes, bajo el amparo del Ministerio, que desempeñan relevantes funciones para el cumplimiento de los objetivos de la política turística:

1º.— El Instituto de Turismo de España —TURESPAÑA—. Es un organismo autónomo que se encarga de la promoción de España como destino turístico en el exterior mediante la realización de diversas acciones a ambos lados de la frontera española. Desarrolla su actividad mediante la red de Oficinas Españolas de Turismo en el extranjero, que dependen de las embajadas y consulados de España. Bajo su presidencia, se halla el Instituto de Estudios

Turísticos, organismo público que tiene como funciones la investigación de los factores que inciden sobre el turismo, así como la elaboración, recopilación y valoración de estadísticas, información y datos relativos al turismo.

2º.— Dos entidades públicas adscritas también a la Secretaría de Estado de Turismo: Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas —SEGITTUR— y Paradores de Turismo. La primera fue creada para impulsar la innovación (I+D+i) en el sector turístico español, tanto en el ámbito público como en el privado. La segunda se encarga de explotar y gestionar la red de establecimientos e instalaciones turísticas del Estado, así como de realizar otras actividades que TURESPAÑA pueda encomendarle en relación con la finalidad indicada.

Sin embargo la perspectiva de la organización administrativa turística española no es completa sino se alude a otros órganos denominados de cooperación. Estos son el Consejo Español de Turismo, la Comisión Interministerial de Turismo y la Conferencia Sectorial de Turismo.

El Consejo Español de Turismo es un órgano colegiado, asesor y consultivo que está adscrito al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y que pretende favorecer la participación de los sujetos que intervienen en el ámbito turístico. Sirve de foro de diálogo, participación y colaboración y trata de impulsar iniciativas del sector turístico español, en relación con los temas que le afecten, potenciando la cooperación entre la iniciativa pública y privada en materia de turismo.

La Comisión Interministerial de Turismo también es un órgano colegiado de cooperación adscrito al citado Ministerio y fue creado para promover y coordinar las actuaciones de los distintos departamentos ministeriales de la Administración General del Estado y entidades públicas con repercusión directa en el sector turístico. Su composición ha ido adaptándose a la estructura ministerial de cada momento y en ella participan representantes de distintos Ministerios, tanto del competente en turismo como de otros departamentos diversos: Asuntos exteriores y de cooperación, cultura y deporte, empleo, hacienda, medioambiente, etc.

Pone fin a esta enumeración, la Conferencia Sectorial de Turismo instituida para facilitar la cooperación y coordinación entre la Administración General del Estado y las Administraciones Autonómicas. Su misión consiste en fijar los criterios comunes de actuación en todos aquellos ámbitos en los que concurren competencias estatales y autonómicas, y definir las estrategias generales para la promoción exterior del turismo.

III. MARCO LEGAL ACTUAL DEL TURISMO: LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Como se ha indicado anteriormente, la aprobación de la Constitución Española de 1978 ha supuesto una nueva organización política y territorial del Estado y la base jurídica del actual sistema competencial. Esa nueva organización político-administrativa plural ha dado lugar a una pluralidad de Administraciones Públicas con competencias: el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales.

De manera particular, la CE atribuye a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir, de manera exclusiva, competencias en materia de promoción y de ordenación del turismo dentro de su propio ámbito territorial; es decir, la posibilidad de que sean titulares de la totalidad de las funciones y potestades públicas en relación con esta materia. Y todas las autonomías han convertido aquélla en realidad a través de sus respectivos Estatutos. Por tanto, las Comunidades Autónomas poseen competencia exclusiva en materia de turismo que abarca de forma íntegra la potestad para legislar, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, todo ello sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Norma Suprema.

1. El ejercicio de las competencias normativas y ejecutivas por las Comunidades Autónomas

Curiosamente una de las primeras competencias transferidas a las Comunidades Autónomas fue el turismo motivada por los elevados ingresos económicos y el gran número de puestos de trabajos, directos e indirectos, que genera. Esto supuso el despliegue de la competencia normativa y la consecuente aprobación de normas sobre la materia que todavía hoy perdura.

Durante las primeras etapas, el panorama de las normas turísticas viene configurado por una pluralidad de disposiciones estatales anteriores y posteriores a la CE que coexisten con normas autonómicas, aprobadas en el ejercicio de la competencia exclusiva, por las Comunidades Autónomas. Es éste un período que se caracteriza por la dispersión y confusión normativas y, en última instancia, por la inseguridad jurídica, y que finaliza con la aparición de las Leyes de Turismo, aprobadas por aquéllas, en sus respectivos Parlamentos. La finalidad no es otra que la de poner fin a esta situación y configurar un estatuto jurídico del turismo dentro del ámbito autonómico.

En la actualidad, todas las Autonomías cuentan con sus Leyes de Turismo, modificadas total o parcialmente en algunos casos, que regulan, con carácter general, cada uno de los aspectos de la actividad turística. Sin embargo, la aprobación de los Reglamentos, que han de desarrollar

preceptivamente a aquellas Normas, no ha seguido una línea tan uniforme en todo el territorio autonómico. En este sentido, la evolución ha sido comparativamente dispar: A modo de ejemplo, todas las Comunidades Autónomas han establecido su organigrama en materia de turismo, han regulado las agencias de viajes o han aprobado numerosa normativa destinada a la promoción de recursos turísticos; la mayoría de ellas han ordenado los establecimientos de alojamiento o el turismo activo; y sólo dos de ellas —Cantabria y Murcia— poseen reglamentos sobre los organizadores profesionales de congresos.

Por otro lado, también hay que referirse a las competencias ejecutivas que incluyen la potestad de organización de la propia Administración y, en general, aquéllas funciones y actividades que el Derecho otorga a la Administración Pública.

El desarrollo de las competencias ejecutivas turísticas corresponde a los Departamentos o Consejerías de las Comunidades Autónomas competentes en turismo. La ejecución de la normativa, previamente aprobada por las Autonomías, reviste un sin fin de tareas que se dirigen fundamentalmente entre otros aspectos a:

- Habilitar a determinadas empresas y personas y recibir las declaraciones responsables por parte de los empresarios turísticos.
- Ejercer las potestades de inspección y sanción sobre las empresas y actividades turísticas.
- Formular y aplicar las políticas turísticas.
- Planificar la actividad turística.
- Adoptar las técnicas necesarias para fomentar las actividades turísticas.
- Controlar la oferta turística y la prestación de servicios turísticos.
- Crear, tramitar y controlar las ayudas y subvenciones en materia turística.
- Llevar a cabo las medidas de promoción del turismo, tanto en el interior como en el exterior de su territorio, etc.

En definitiva las competencias ejecutivas permiten la realización de cualquier función relacionada con el turismo siempre que sea atribuida por una norma.

2. Otros títulos competenciales que pueden incidir sobre el turismo

Como acabamos de señalar, la materia de turismo es, pues, competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Por tanto, el Estado no es titular de

ninguna competencia directa sobre el mismo. Sin embargo, esta afirmación requiere de dos matizaciones:

Primera. Esta competencia, tal y como sucede a otras también exclusivas, se ve afectada directamente por normativas y resoluciones de la Unión Europea.

Segunda. Esa exclusividad no significa que sólo la Administración autonómica pueda ordenar el turismo: El Estado ejercita una serie de competencias que afectan directamente a esa actividad, y además los Entes Locales desarrollan sobre este sector un papel preponderante por constituir el turismo un instrumento fundamental para el desarrollo local.

Así, la CE reconoce la titularidad del Estado sobre diversas competencias que, en mayor o menor medida, pueden incidir en la materia turística. Se pueden diferenciar las siguientes:

- a) Competencias estatales de mayor repercusión sobre el turismo. Son:
 - Comercio exterior.
 - Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.
 - Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos profesionales.
- b) Competencias estatales que pueden incidir indirectamente en materia de turismo:
 - Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.
 - Relaciones internacionales.
 - Divisas, cambio y convertibilidad de moneda.
 - Marina mercante y abanderamiento de buques; puertos y aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo.
 - Ferrocarriles y transportes terrestres que trascurren por el territorio de más de una Comunidad Autónoma.
 - Museos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.
 - Estadística para fines estatales

Finalmente, al margen de estas competencias, hay que mencionar otros títulos, que se les puede llamar conexos, y que guardan una importante relación con este campo:

- El dominio público marítimo-terrestre en el que se incluyen las playas, las costas o los puertos. Varias son las normas que desde diferentes pun-

tos de vista (costas, medioambiente, ordenación territorial, turismo...) pretenden afrontar la ordenación del litoral. A ello se suma el hecho de que distintas Administraciones Públicas tienen competencias sobre la franja costera. En este panorama ha sido el Tribunal Constitucional el que ha delimitado jurisprudencialmente tanto las competencias estatales como las autonómicas sobre los distintos aspectos a tratar.

- La ordenación del territorio y el urbanismo, teniendo en cuenta la importancia que el suelo o territorio tiene en todo asentamiento turístico. La situación competencial en este punto se caracteriza por ser de exclusividad de las Comunidades Autónomas, si bien tiene un claro límite en las competencias que el Estado se ha reservado sobre determinadas materias que inciden sobre este sector.
- El patrimonio histórico. Es ésta una competencia atribuida a la Comunidad Autónoma aunque corresponde al Estado la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra las actuaciones de exportación y expoliación que se hagan sobre aquel.
- El medioambiente. Su importancia radica en el interés que produce en el turista y que ha derivado en la aparición de un nuevo segmento turístico denominado turismo verde, turismo rural o agroturismo según las connotaciones que aquél revista. Según la CE, son las Comunidades Autónomas las que tienen competencia sobre la gestión en materia de protección del medioambiente. Pero es el Estado el que posee la competencia exclusiva para la legislación básica sobre su protección, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales que, en casos de autonomía plena, alcanzarían las denominadas leyes de protección ambiental.
- Los espacios naturales protegidos. Su relación con el turismo es evidente ya que los turistas pueden llegar a convertirse, en ocasiones, en verdaderos depredadores del medio. La CE no distribuye expresamente la competencia sobre espacios naturales protegidos, lo que permite a las Comunidades Autónomas asumir, a través de sus Estatutos, esa materia como propia. Así lo refrendó, en su día, el TC al reconocer su protagonismo legislativo. Por ello, la legislación en esta materia es en su mayor parte autonómica.

IV. LA POLÍTICA TURÍSTICA

1. La política turística estatal

El turismo ha sido un sector estratégico para el desarrollo económico de España y, recientemente, se le ha calificado de motor de la economía española.

Durante los últimos decenios se han mantenido las principales directrices de las políticas y planes turísticos, sirva de ejemplo los Planes en Destino, cuyo buen funcionamiento general ha hecho que se mantengan a pesar de los cambios políticos y ministeriales. Sin embargo, hoy día, la nueva coyuntura económica y turística, enmarcada en una situación de crisis de carácter global, hace que el sector turístico tenga que enfrentarse a una serie de desafíos competitivos. La forma de identificar esos retos y la forma de afrontarlos se han contemplado tradicionalmente en distintos instrumentos de política turística y, en estos momentos, en el Plan Nacional e Integral del Turismo 2012-2016, en el que han participado los diferentes actores, tanto públicos como privados, con presencia en el sector.

A) Los precedentes de la Política Turística española actual

Los antecedentes y el camino recorrido hasta llegar a este punto bien merece unas líneas aparte. Pasados los grandes eventos de 1992, España fue sacudida por una fuerte crisis que afectó muy claramente al turismo reflejándose principalmente en la falta de competitividad de la oferta turística, agravada aún más, con grandes problemas ambientales y urbanísticos que contribuyen a mermar la tendencia de crecimiento turístico.

Ante esta situación se diseñaron unos programas específicos para la mejora de la oferta en los destinos turísticos. A partir de este momento empieza a desplegar la política turística española reciente con:

- El Plan Marco de Competitividad del Turismo Español (1992-1995 Plan Futures I). Pretende incrementar la competitividad general de la oferta turística española mediante un amplio abanico de actuaciones económicas y ambientales: El fortalecimiento empresarial, la cualificación de los recursos humanos y la incorporación de las nuevas tecnologías entre otras, revistiendo especial interés la consolidación de los Planes de Excelencia Turística.
- El Plan Marco de Competitividad del Turismo Español (1996-1999). El éxito del Plan obligó a prorrogarlo como Plan Futures II y, en esta nueva andadura, cobran especial protagonismo los territorios turísticos incipientes objeto de los Planes de Dinamización Turística y los destinos consolidados en los Planes de Excelencia Turística.
- El Plan Estratégico de la Política Turística Española (2000-2006 PICTE), prorrogado por el ejecutivo hasta 2007. Tanto sus Programas como líneas de ejecución respondían al objetivo primordial de la calidad turística. Este nuevo Plan tuvo dos principios básicos: la calidad y la cooperación. Dentro del primero de ellos destacó el Sistema Integral de Calidad del Turismo Español en Destinos (SICTED).

- El Plan Español Horizonte 2020 cuya meta era lograr que el sistema turístico nacional fuese más competitivo y sostenible aportando el máximo de bienestar social. Se incidió en la innovación tecnológica, la formación, la comercialización y en la gestión de destinos entre otros aspectos; y sus principales programas de planificación a destacar fueron los Planes de Competitividad y los de Recualificación de Destinos Turísticos Maduros. Debido a un cambio del Ejecutivo este plan no llegó a culminarse y su vigencia se vio limitada a tan sólo cuatro años (2008-2011).

B) El Plan Nacional e Integral de Turismo: objetivos y medidas

Actualmente, el Plan Nacional e Integral de Turismo (2012-2016) persigue unos objetivos específicos: impulsar la competitividad de las empresas y destinos turísticos, renovar el liderazgo mundial del país para las próximas décadas y contribuir a la generación de riqueza, empleo y bienestar de los ciudadanos. Desde un punto de vista formal, el documento se estructura en 6 ejes (Marca España, Cliente, Oferta y Destinos, Alineamiento, Conocimiento y Talento) e incluye 28 medidas con 104 acciones diferentes, además de los parámetros concretos para medir sus resultados y efectos.

Exponer todos ellos se hace del todo imposible por imperiosas razones de espacio y de tiempo, no obstante se pueden sintetizar por áreas temáticas:

- a) Medidas para atraer el turismo a España: Potenciación de la Marca España; puesta en marcha del Plan Estratégico de Marketing; fidelización España; optimización en la expedición de visados; estímulo de la demanda nacional; y la modulación de las tasas aeroportuarias.
- b) Medidas para la mejora de la competitividad empresarial: Representación permanente de España en la Unión Europea; impacto turístico en la normativa; modificación de la legislación para introducir la perspectiva de turismo en otros sectores; impulso a la unidad de mercado; y, homogeneización en la clasificación de los alojamientos turísticos.
- c) Medidas en apoyo de la oferta y los destinos: Reconversión de los destinos maduros; apoyo a los municipios turísticos; destinos inteligentes; establecimiento de líneas de crédito para la renovación de infraestructuras turísticas; fomento del turismo sostenible con el medio ambiente; impulso de elementos que fomenten la calidad turística; y, la puesta en valor del patrimonio cultural, natural y enogastronómico.
- d) Medidas que ayudan a fomentar la conservación del patrimonio natural con una economía sostenible del territorio: Creación de un producto de turismo de naturaleza; desarrollo del Plan Sectorial de Turismo de Naturaleza; uso turístico de los caminos naturales; y, elaboración de un

Plan de Interpretación del patrimonio costero para su aprovechamiento turístico.

- e) Medidas para favorecer el emprendimiento y la internacionalización empresarial: Adecuación de la oferta formativa y la investigación en la demanda empresarial; apoyo a la internacionalización de las empresas turísticas; ventanilla única para empresas y emprendedores; líneas de crédito para jóvenes emprendedores; programa de emprendedores innovadores turísticos; y, redes de agencias de gestión de experiencia.
- f) Medidas para procurar una Administración Pública más eficiente: Entrada del sector privado en el ámbito de decisión y financiación de TURESPAÑA; desarrollo de un catálogo de servicios de TURESPAÑA; reorganización y modernización de la Red de Oficinas de Turismo de España en el Exterior; y, la reorientación de las estadísticas nacionales de turismo, y
- g) Medidas concretas de seguimiento y control: En el primer caso, a través de indicadores que realicen el seguimiento cuantitativo y continuo de las acciones del plan; en el segundo caso, por medio de Comisiones periódicas de información y evaluación y mediante la aprobación de un futuro Plan de Contingencia.

2. La política turística de la Unión Europea

A) Proceso evolutivo de la Política Turística europea

El turismo también es un sector económico de gran importancia en toda Europa porque incide notablemente en el Producto Interior Bruto y contribuye a la generación de empleo. Sin embargo, la Comunidad Europea ha intervenido escasa y tardíamente en la materia turística. La consideración de la política turística en la Unión Europea ha sufrido una lenta pero positiva evolución que se puede resumir en tres etapas:

- a) Desde 1957 a 1992. En un principio el turismo no aparece contemplado en el Tratado de las Comunidades Europeas de 1957. Habrá que esperar hasta 1992, cuando se le otorga una nueva redacción en Maastricht, para que se produzcan las primeras referencias a este sector. Aunque hay que destacar algunas actuaciones relevantes:
 - En estos primeros años, la acción comunitaria se limita a coordinar y complementar las políticas nacionales turísticas de los Estados miembros.
 - Se crean las primeras figuras específicas: Comisario de Transportes y Turismo (1981) y el Comité Consultivo del Turismo (1986).

- Se presentan algunos documentos comunitarios en materia de turismo: «Primeras Orientaciones para una Política Comunitaria de Turismo (1982)» y «Acción Comunitaria en el Sector del Turismo (1986)».
 - Tras el Acta Única Europea (1986) se aprueban algunas acciones comunitarias en la materia, pero no se considera al turismo merecedor de una política propia tal y como sucede con otros sectores conexos (por ejemplo, el medioambiente).
 - En 1990 se declara el Año Europeo del Turismo con el objetivo de destacar la importancia económica y social del sector turístico.
 - Dos años más tarde, en 1992, se adopta el Plan de Acciones Comunitarias a favor del Turismo para la mejora de su conocimiento.
 - Por último, se aprueban las primeras normas en materia turística: Viajes, vacaciones y circuitos combinados; multipropiedad; sistemas informatizados de reserva en los transportes aéreos de pasajeros; y, estadísticas.
- b) Desde 1992 a 2007. La novedad más relevante radica en el renovado Tratado de la Unión Europea de 1992 que establece que, para conseguir sus objetivos, se prevén políticas o acciones comunes entre las que se incluyen medidas en el ámbito del turismo. Por tanto, es la primera vez que el turismo aparece expresamente en el Tratado aunque no se contenga la elaboración de una política común en la materia. Por otro lado, en esta nueva etapa, también son destacables otras actuaciones:
- La elaboración del Libro Verde sobre «El papel de la Unión Europea en materia de turismo» (1995).
 - La propuesta sobre el Programa Plurianual en favor del Turismo Europeo «Philoxenia» (1997-2000) con el objetivo de estimular la calidad y competitividad del turismo europeo. Finalmente no logró aprobarse por la oposición de Alemania y Reino Unido.
 - La adopción de diversas Comunicaciones e Informes en los que se resalta la importancia del turismo, los retos, método de trabajo, estrategias y actuaciones comunitarias.
 - El establecimiento, como línea prioritaria, de la sostenibilidad del turismo en las acciones comunitarias y especialmente en la política medioambiental.
- c) Desde 2007 a la actualidad. El Tratado de Lisboa de 2007 ha modificado de forma importante el Tratado de la Comunidad Europea que, ahora, pasará a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Entre sus novedades destaca la previsión de la base jurídica

de la Política turística de la Unión consolidándola definitivamente, pero sin alterar su naturaleza real en relación con la época anterior. El nuevo Texto dispone que la Unión complementará la acción de los Estados miembros en el sector turístico con dos propósitos. Primero, fomentar la creación de un entorno favorable para el desarrollo de las empresas en este sector; y, segundo, propiciar la cooperación entre Estados miembros, en particular, mediante el intercambio de buenas prácticas.

B) Objetivos y acciones comunitarias en la Política Turística europea

En estos momentos, de conformidad con los Tratados y con los diferentes documentos estratégicos —en especial «Europa 2020» (2010)—, la Política Europea de Turismo tiene como objetivo fundamental el fomento de la competitividad de este sector. Para conseguirlo se han propuesto distintas acciones comunitarias turísticas que están enfocadas a estos ámbitos:

1.— El fomento de la competitividad del turismo en Europa. Entre las actuaciones propuestas destacan la diversificación de la oferta turística, el desarrollo de las nuevas tecnologías en la industria turística o la mejora de las competencias profesionales de los trabajadores del sector.

2.— El desarrollo de un turismo sostenible, responsable y de calidad. Elaborar una marca europea «Turismo de Calidad», proponer una Carta del Turismo Sostenible y Responsable u organizar campañas de sensibilización para los turistas son algunas de las acciones previstas.

3.— La consolidación de la imagen y la visibilidad de Europa como conjunto de destinos sostenibles y de calidad. Algunas medidas a considerar son la creación de una verdadera «marca Europa» y el reforzamiento de la participación de la Unión Europea en los foros internacionales, y

4.— La potenciación de instrumentos financieros y de otras políticas comunitarias para el desarrollo del turismo. Las actuaciones propuestas son diferentes y numerosas, sirvan como ejemplo la elaboración de normas nuevas que contemplan el turismo en las otras políticas europeas, o la coordinación de políticas sectoriales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARCARONS SIMON, R., *Manual de Derecho Administrativo Turístico*, 2ª ed., Síntesis, Madrid, 1999.

BLANQUER CIRIADO, D.: *Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- CALONGE VELÁZQUEZ, A., *El Turismo: Aspectos Institucionales y Actividad Administrativa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000.
- CEBALLOS MARTÍN, M^o. M. y PÉREZ GUERRA, R., «A vueltas sobre el régimen jurídico-administrativo de la distribución de competencias en materia de turismo y de otros títulos que inciden directamente sobre el mismo: El ejercicio de las competencias turísticas por la Comunidad Autónoma de Andalucía», *RAAP*, núm. 27 (1996).
- «Aproximación evolutiva en la protección de los recursos naturales y culturales a través de la legislación turística», en la obra colectiva coordinada por RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Eduardo Roca Roca*, INAP-BOE, Madrid, 2002.
 - «La configuración del Derecho del Turismo autonómico español en el ordenamiento jurídico administrativo-constitucional», en esta REVISTA, núm. 35, (2009).
- CORCHERO, M., *Derecho del Turismo. Conceptos fundamentales*, Iustel, Madrid, 2008.
- FÉRNANDEZ ÁLVAREZ, J., *Curso de Derecho Administrativo Turístico* (4 vols.), Editora Nacional, Madrid, vol. I y II, 1974, vol. III, 1977 y vol. IV, 1980.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (Dir.); PÉREZ GUERRA, R. (Coord.) y otros, *Manual de Derecho Administrativo del sector turístico*, Tecnos, Madrid, 2013.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Derecho Administrativo del Turismo*, 6^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2013.
- GALLARDO CASTILLO, M^o. J., «La ordenación jurídico-administrativa del turismo», *RAAP*, n^o 25 (1996).
- «La distribución constitucional de competencias en materia de turismo y su tratamiento en las Leyes Autonómicas: su promoción y ordenación», *DA*, núm. 259-260 (2001).
- GARCÍA MACHO, R., y RECALDE CASTELLS, A. (Dirs.), *Lecciones de Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M. (Dir.): *Derecho Público del Turismo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- PÉREZ GUERRA, R. (Coord.): *Derecho de las actividades turísticas*, editorial UOC, Barcelona, 2003.
- PÉREZ GUERRA, R., *El régimen jurídico-administrativo del turismo: organización y competencias*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1999.

- «Reflexiones sobre la ordenación legislativa de las Comunidades Autónomas en 1998», en *La actividad turística española en 1998*, ed. Asociación Española de Expertos Científicos en Turismo, Madrid, 1999.
- RAMALLO MIÑÁN, E. del P., *Manual básico del Derecho del Turístico*, Tecnos, Madrid, 2013.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M. M., «La ordenación jurídica del Turismo en Navarra», *RJN*, nº 35 (2003).
- ROCA ROCA, E. «Administración Pública y Turismo», *DA*, nº 259-260, (2001).
- ROCA ROCA, E.; CEBALLOS MARTÍN, M^o. M., y PÉREZ GUERRA, R., *La Regulación Jurídica del Turismo en España*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1998.
- ROCA ROCA, E.; CEBALLOS MARTÍN, M^o. M., y PÉREZ GUERRA, R., *Código de Turismo* (3^o ed.), Thomson-Aranzadi, Elcano, 2007.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «La distribución de competencias en materia de turismo», *DA*, núm. 259-260 (2001).
- ROMÁN MÁRQUEZ, A., «Planes de Dinamización y Excelencia Turística versus Municipios Turísticos», *Revista Papers de Turisme*, núms. 49-50 (2011).
- SALGADO CASTRO, A., «La distribución de competencias en materia de turismo», en esta REVISTA, núm. 9 (1996).
- TUDELA ARANDA, J., «Hacia un nuevo Régimen Jurídico del Turismo: La reciente Legislación Autonómica», *RVAP*, núm. 45-I (1996).
- «Unas reflexiones dinámicas sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Derecho y Turismo*, MELGOSA ARCOS, F. J. (ED.), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- VELASCO GONZÁLEZ, M.: *La política turística. Gobierno y Administración Turística en España (1952-2004)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- VILLALBA PÉREZ, F., «Aspectos constitucionales, legales y organizativos del turismo en Andalucía», *RAAP*, número extraordinario, 2-vol. II (2003).
- VVAA: *Estudios sobre el Derecho Andaluz del Turismo*, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Junta de Andalucía, Sevilla, 2008.

LA LEY DE PRESUPUESTOS DE ARAGÓN PARA 2014: CONTENCIÓN DEL GASTO PÚBLICO PARA CUMPLIR EL OBJETIVO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA (*)

SABINA DE MIGUEL ARIAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2014: 1. Los estados financieros: A) El estado de gastos. B) El estado de ingresos. 2. La parte dispositiva o articulado.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar el contenido de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2014, distinguiendo, a estos efectos, entre la parte correspondiente a los estados financieros de dicha norma legal (relativos a los gastos y a los ingresos) y el articulado o parte dispositiva de la misma. Junto a lo anterior, se realiza una mención específica a las principales novedades que presenta la referida Ley respecto de los Presupuestos aprobados en el ejercicio 2013.

Palabras clave: Ley de Presupuestos 2014; Comunidad Autónoma de Aragón.

ABSTRACT: This paper deals with the contents of the Community of Aragón Budget Act for the year 2014. Moreover, it is made a distinction between the financial statements part of this Act and the statutory part, underlining the main novelties in relation to the 2013 Budget.

Key words: 2014 Budget Act; Community of Aragón.

I. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, el Presupuesto constituye una institución característica del sistema democrático y un elemento esencial de cualquier organización política, circunstancia ésta puesta de relieve por nuestro Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones (1). A estos efectos, la aprobación

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 25 de febrero de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de marzo de 2014.

(1) Sentencia de 18 de abril de 1994, entre otras.

anual de la Ley de Presupuestos por las Comunidades Autónomas es una manifestación legislativa de gran importancia, y así ha venido a indicarse en precedentes comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón (2).

De hecho, la idea arriba plasmada se confirma a través de un *doble motivo*: en primer término, y como ha advertido el Tribunal Constitucional (3), porque la Ley de Presupuestos constituye uno de los aspectos fundamentales en que se proyecta el contenido de la *autonomía financiera* de las Comunidades Autónomas constitucionalmente reconocida; y, en segundo lugar, porque la misma es el instrumento esencial para la *ordenación* económica y la *dirección* de la actividad financiera de nuestra Comunidad durante un período anual.

Siendo esto así, el presente trabajo aborda el examen del contenido de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el 2014, realizándose a lo largo del mismo un estudio comparativo respecto de los Presupuestos correspondientes al ejercicio precedente (2013).

No obstante, y antes de proceder del modo ahora descrito, debe advertirse que ha resultado necesario hacer uso del mecanismo de prórroga presupuestaria en el supuesto que ocupa nuestra atención, habiéndose efectuado la prórroga para el ejercicio 2014 de los Presupuestos vigentes en el ejercicio 2013. En este sentido, el referido mecanismo se encuentra previsto en distintas disposiciones normativas (4), si bien es preciso recordar la conveniencia de realizar la aprobación de los Presupuestos autonómicos con anterioridad al día 31 de diciembre de cada año, de conformidad con el mandato contenido en el artículo 36 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (5). Más en concreto, la citada prórroga —que se produce de forma automática— y las condiciones generales de la misma fueron objeto de aprobación a través de la Orden de 20 de diciembre de 2013, del Departamento de Hacienda y Administración Pública (6).

(2) A estos efectos, pueden consultarse los comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para los ejercicios 2012 y 2013, realizados, respectivamente, por ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J., y CARRERAS MANERO, O., en el número 41-42 de esta REVISTA.

(3) Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 20 de diciembre de 1988.

(4) Como el artículo 111.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón o el artículo 38 de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(5) Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

(6) BOA núm. 254, de 30 de diciembre de 2013.

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2014

Centrándonos ya en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año en curso —aprobados por la Ley 1/2014, de 23 de enero (7)—, los mismos presentan una estructura idéntica a los de otras entidades territoriales, como ha venido resultando habitual desde el año 1983. A este respecto, en ellos puede distinguirse un *contenido doble*: el concerniente a los *estados financieros* —entre los que se incluyen las partidas relativas a los gastos (obligaciones a reconocer) y a los ingresos (derechos a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, por otro lado, el referido a la *parte dispositiva o articulado* (8).

De esta manera, y al igual que en ejercicios precedentes, a lo largo de los siguientes epígrafes se abordará el análisis de la Ley de Presupuestos para el año 2014 centrándonos, en primer lugar, en los estados financieros de gastos e ingresos y examinando, una vez efectuado lo anterior, las concretas previsiones contenidas en el articulado o parte dispositiva de la citada norma.

1. Los estados financieros

A) El estado de gastos

El Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón del ejercicio 2014 incluye unos créditos iniciales por importe de 5.374.978 miles de euros, cifra ésta que, en comparación con los Presupuestos del año anterior (5.107.284 miles), determina un incremento absoluto de 267.694 miles y porcentual del 5,2%; de este modo, puede constatarse un leve aumento de la cantidad presupuestada, a diferencia de lo sucedido en el ejercicio 2013 (9).

En particular, los créditos arriba mencionados se encuentran agrupados de conformidad con las reglas previstas a estos efectos en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, circunstancia que permite poner de relieve, desde una perspectiva presupuestaria, *qué órgano realiza un específico gasto* (clasificación orgánica), *en qué se gasta* —o la naturaleza del gasto— (clasificación económica) y *para qué se*

(7) Publicada en el BOA núm. 17, de 25 de enero.

(8) Las instrucciones relativas a la elaboración de los Presupuestos para el ejercicio 2014 aparecen recogidas en la Orden de 24 de junio de 2013, del Departamento de Hacienda y Administración Pública [BOA núm. 138, de 16 de julio].

(9) Por su parte, y rompiendo la dinámica descendente seguida desde 2010, la cantidad presupuestada en el ejercicio 2012 también supuso un ligero incremento de su cuantía en relación con el ejercicio 2011.

gasta —esto es, la naturaleza de la actividad a la se destina el gasto— (clasificación funcional y por programas). Siendo esto así, el examen del estado de gastos del Presupuesto para el año 2014 será efectuado analizando las clasificaciones orgánica y económica citadas (10).

En lo que se refiere, en primer lugar, a la *clasificación orgánica*, el Presupuesto para el año 2014 presenta un aumento de los créditos para el gasto en la mayoría de los Departamentos o Secciones incluidos en aquél, si bien un tercio de ellos han visto disminuidos sus correspondientes créditos.

Así ha sucedido en el supuesto del Departamento de Presidencia y Justicia, que ha visto reducidas sus dotaciones en 4.431 miles de euros, comportando un descenso relativo del 3,2%. Por otro lado, también los créditos correspondientes a las Cortes de Aragón han experimentado una minoración en su importe de 298 miles de euros, cifra ésta que representa una disminución del 1,2% en términos porcentuales.

Asimismo, ha disminuido la cuantía de las partidas de los Departamentos de Industria e Innovación (2.661 miles de euros menos —2,9% en términos porcentuales—), de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes (2.543 miles —2,1%—), de Hacienda y Administración Pública (948 miles —1,8%—), así como, aunque de forma mínima, de Sanidad, Bienestar Social y Familia (214 euros).

Por otro lado, y en cuanto a los créditos para gasto de los Departamentos y Secciones que han experimentado una subida en términos cuantitativos, deben destacarse los referidos a Diversos Departamentos (235.439 miles de euros más, que comportan un aumento del 28,3% en relación con el Presupuesto del año 2013), así como los correspondientes a las Administraciones Comarcales (9.000 miles más —15,6%—)

A su vez, puede apreciarse un aumento en los créditos concernientes al Departamento de Política Territorial e Interior en 7.025 miles de euros, que representan un aumento del 18,1% respecto del año 2013, y en los relativos a la Presidencia del Gobierno (237 miles —8,6%—), al Consejo Económico y Social (27 miles —5,1%—) y al Consejo Consultivo de Aragón (21 miles —7%—). Junto a ello, se ha producido también un incremento en los créditos de los Departamentos de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, con 24.289 miles de euros más (3,3% en términos porcentuales), de Economía y Empleo (2.514 miles —1,6%—) y, por fin, aunque en una cuantía inferior, de Educación, Universidad, Cultura y Deporte, cuyo incremento ha sido de 76 miles de euros (0,008%).

(10) Las referidas clasificaciones se encuentran recogidas en el respectivo Anexo de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario.

Siguiendo con el análisis de la clasificación que ahora centra nuestra atención, como ha venido siendo habitual es el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia el que presenta una mayor importancia en cuanto a su volumen de créditos (con un total de 1.917.548 miles). A dicho Departamento le siguen, como Secciones de mayor cuantía en el Presupuesto, los créditos referidos a Diversos Departamentos (1.068.481 miles), Educación, Universidad, Cultura y Deporte (912.188 miles) y Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (767.412 miles).

Por su parte, entre los Departamentos o Secciones con un nivel medio de importancia desde un punto de vista cuantitativo cabe citar los de Economía y Empleo (174.754 miles), Presidencia y Justicia (133.791 miles), Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes (119.904 miles), Industria e Innovación (88.709 miles), Administraciones Comarcales (66.719 miles), Hacienda y Administración Pública (52.008 miles) y, por último, Política Territorial e Interior (45.825 miles), créditos que suman, de modo aproximado, el 12,7% de la cuantía total del Presupuesto.

Por fin, y como ha sucedido en años precedentes, las Secciones que comportan una dotación menor en el conjunto del Presupuesto del año en curso son, en concreto, las relativas a las Cortes de Aragón (23.803 miles), Presidencia del Gobierno (3.005 miles), Consejo Económico y Social (500 miles), así como al Consejo Consultivo de Aragón (323 miles).

De la forma indicada se desglosan, desde la perspectiva de la clasificación orgánica, los 5.374.978 miles de euros previstos en el estado de gastos de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2014, destinándose los mismos al cumplimiento de las diversas obligaciones contraídas por los Departamentos y Órganos de nuestra Comunidad.

Una vez señalado lo anterior, procedemos, a continuación, a la exposición del estado de gastos de los mencionados Presupuestos de conformidad con la *clasificación económica*. En concreto, y siguiendo tal clasificación, los créditos para gastos del presente ejercicio aparecen agrupados, como viene resultando habitual, en *dos grandes apartados*: el referido a las Operaciones Corrientes (Capítulos I a IV) y el relativo a las Operaciones de Capital y Financieras (Capítulos V a IX). Así, y de forma previa, cabe precisar que los créditos atribuidos para las primeras operaciones citadas (4.074.077 miles) supera, de manera amplia, el importe total de los créditos destinados a las segundas (1.300.900 miles), hasta el punto de llegar a triplicarlo (11).

(11) En idéntico sentido, y a título ejemplificativo, cabe advertir que los Presupuestos para el ejercicio 2013 destinaban a las Operaciones Corrientes unos créditos totales de 4.031.956 miles, elevándose los créditos relativos a las Operaciones de Capital y Financieras a 1.056.979 miles.

Ya en lo referido a los distintos Capítulos que integran esta clasificación, destaca el incremento de la cuantía de la práctica totalidad de los mismos, en la medida en que únicamente se produce la disminución de las Transferencias de Capital en un total de 13.006 miles de euros, cifra ésta que conlleva un descenso porcentual del 3,7% respecto del Presupuesto del ejercicio 2013.

A estos efectos, y entre los Capítulos que más ven aumentado el monto de sus créditos desde un punto de vista cuantitativo, se encuentran los relativos a Pasivos Financieros (218.679 miles), Transferencias Corrientes (32.134 miles), Inversiones Reales (13.534 miles) y Bienes Corrientes y Servicios (11.593 miles), comportando, respectivamente, dichas cantidades incrementos porcentuales del 42,6%, 2,4%, 7,5% y 1,8%.

Por otro lado, y ya de un modo más moderado, reflejan un incremento total del monto de sus partidas los Capítulos referentes al Fondo de Contingencia (4.755 miles) (12), Gastos Financieros (1.681 miles), Activos Financieros (1.612 miles) y, por último, Gastos de Personal (73 miles), cifras que, comparadas con las previstas en los Presupuestos del año 2013, determinan incrementos relativos del 26%, 0,7%, 25,5% y 0,004%, respectivamente.

Más en concreto, y como viene resultando habitual, los Capítulos que presentan un mayor importe en sus dotaciones desde el punto de vista de la clasificación económica de gastos son los referidos a Gastos de Personal (1.818.106 miles) y Transferencias Corrientes (1.356.954 miles), situándose junto a los mismos los concernientes a Pasivos Financieros (732.409 miles) y Bienes Corrientes y Servicios (649.742 miles), partidas todas ellas que representan en su conjunto aproximadamente el 85% del Presupuesto de Gastos.

Por lo demás, los Capítulos que tienen una importancia cuantitativa inferior a los recogidos en el párrafo precedente son los tocantes a Transferencias de Capital (343.095 miles), Gastos Financieros (249.272 miles), Inversiones Reales (194.349 miles), Fondo de Contingencia (23.103 miles) y Activos Financieros (7.943 miles).

Finalizado el examen de los créditos recogidos en sede del estado de gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2014

(12) El deber de consignar la dotación denominada Fondo de Contingencia en los Presupuestos de las Comunidades Autónomas aparece recogido en el artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto éste a cuyo tenor «La cuantía y las condiciones de aplicación de dicha dotación será determinada por cada Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias». Por su parte, y en cuanto a la normativa aragonesa, el artículo 15 de la Ley 5/2012, de 7 de junio, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón dispone, a estos efectos, que «Dentro del límite del gasto no financiero fijado anualmente para la Comunidad Autónoma, se incluirá un concepto presupuestario bajo la rúbrica Fondo de Contingencia por importe mínimo del 0,5% del citado límite».

desde la perspectiva de la clasificación económica, es el momento de proceder, a continuación, al análisis del estado de ingresos de dichos Presupuestos, precisando así las fuentes de financiación de los citados gastos.

B) El estado de ingresos

Pasando ya a abordar el estudio del estado de ingresos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2014, el mismo asciende, con carácter aproximado, a la cantidad de 5.374.978 miles de euros, de los cuales 4.215.088 miles corresponden a derechos económicos a liquidar durante el citado ejercicio, mientras que los restantes 1.159.890 miles representan el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que contraiga dicha Comunidad. A estos efectos, la primera de las cifras mencionadas coincide con la incluida en el estado de gastos, presentándose, de este modo, unos Presupuestos formalmente equilibrados (13).

En lo que atañe al análisis del estado de ingresos desde el punto de vista de la *clasificación económica*, los mismos se estructuran sobre la base de una *doble categoría*: la relativa a los Ingresos Corrientes (Capítulos I a V) y la referente a los Ingresos de Capital y Financieros (Capítulos VI a IX). Siendo esto así, en los Presupuestos para 2014 el importe total al que ascienden los Ingresos indicados en primer lugar es de 4.009.371 miles de euros, cuantía ésta que triplica el importe total de los Ingresos de Capital y Financieros, los cuales se elevan a 1.365.607 miles.

Centrándonos, en primer lugar, en los *Ingresos Corrientes*, cabe señalar que sólo dos de los Capítulos que los integran experimentan un aumento con respecto a los Presupuestos de 2013; en concreto, vienen a incrementarse las cuantías tanto de los Ingresos Patrimoniales (9.893 miles de euros más), como de las Tasas y Otros Ingresos (13.784 miles), lo que, en términos relativos, determina, respectivamente, aumentos del 56,7% y 10,9%.

Por su parte, los Presupuestos de 2014 comportan una disminución en las dotaciones de los Capítulos concernientes a Impuestos Directos (47.189 miles), Impuestos Indirectos (42.151 euros) y Transferencias Corrientes (11.906 miles), cuantías que suponen decrementos porcentuales del 3,6%, 2,6% y 1,2%, respectivamente.

Ya en lo que atañe a los *Ingresos de Capital y Financieros*, el único de sus Capítulos que sufre una disminución en el monto total de su partida, en

(13) La necesidad de que el Presupuesto de nuestra Comunidad aparezca equilibrado se encuentra recogida de forma expresa en el artículo 34 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón, sin que el actual Estatuto de Autonomía Aragonés recoja entre sus preceptos una previsión de este tenor.

relación con la prevista el año anterior, es el referido a Activos Financieros (13.000 euros menos), cifra que conlleva un decremento del 0,3%.

Frente a lo anterior, destaca el incremento que tiene lugar en el Capítulo de Pasivos Financieros, el cual experimenta un ascenso de 300.487 miles de euros, lo cual representa un aumento porcentual del 35% respecto de la prevista en el Presupuesto del ejercicio precedente. Asimismo, también asciende el importe de los Capítulos de Enajenación de Inversiones Reales (17.092 miles más) y de Transferencias del Capital (27.696 miles), cantidades éstas que comportan incrementos del 142,4% y 19,1%, respectivamente.

Una vez abordado el estudio comparativo de los estados de ingresos incluidos en los Presupuestos correspondientes a los ejercicios 2013 y 2014, examinamos este último de una forma individualizada.

A este respecto, y como ha venido resultando habitual, los gastos a que ha de hacer frente la Comunidad Autónoma de Aragón vienen a financiarse, principalmente, a través de las siguientes *fuentes*: Impuestos Indirectos (1.605.243 miles de euros), Impuestos Directos (1.276.949 miles), Pasivos Financieros (1.159.890 miles) —cifra que comporta un alto nivel de endeudamiento— y, por fin, Transferencias Corrientes realizadas por otros Entes Públicos y ciertos Organismos Autónomos (960.062 miles).

A su vez, y siguiendo con la línea de años precedentes, mantienen una importancia media desde la perspectiva de su cuantía los Capítulos relativos a las Transferencias de Capital (con un importe de 172.388 miles de euros) y el referido a las Tasas y Otros Ingresos (139.766 miles).

Por fin, los Capítulos de Enajenación de Inversiones Reales (29.092 miles), Ingresos Patrimoniales (27.348 miles) y Activos Financieros (4.236 miles) presentan una dotación económica menor a los anteriormente citados en términos absolutos, en la medida en que los mismos representan, aproximadamente, el 1,1% de los ingresos previstos para el ejercicio 2014.

Con la indicación que acaba de ser efectuada concluye el análisis del origen y cuantía de las diferentes cantidades integrantes del estado de ingresos de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2014, finalizando el examen de los estados financieros de esta última. No obstante, ello no agota el estudio de aquélla, ya que nos encontramos en presencia de una auténtica norma jurídica, siendo preciso llevar a término el análisis de las previsiones recogidas en su articulado para entender el contenido, significado y efectos de los referidos Presupuestos; no en vano, tales preceptos precisan el destino y límites de los créditos previstos en el estado de gastos, legitiman la obtención de determinados ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento) y regulan, asimismo, diversos aspectos de los mismos.

2. La parte dispositiva o articulado

La parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2014 se encuentra integrada por 45 artículos —distribuidos en un total de 9 Títulos—, 30 disposiciones adicionales, 2 disposiciones transitorias y una disposición final; así, el esquema y contenido de aquélla resulta similar, en términos generales, al de ejercicios precedentes, si bien presenta alguna novedad en relación con la Ley de Presupuestos del año 2013.

En lo que respecta al Título primero de la Ley de Presupuestos objeto de nuestro análisis, el mismo lleva por título «DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 a 3) y viene a aprobar, en su artículo 1, el contenido global de los ingresos y gastos del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2014. Por otro lado, su artículo 2 recoge el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos cedidos —el cual tiene un carácter meramente informativo y se eleva, en el presente ejercicio, a la cantidad de 122.700 miles de euros— (14), dándose cumplimiento a lo dispuesto, en este punto, en los artículos 21.1 de la LOFCA (15) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (16).

Por su parte, el artículo 3 de la norma legal arriba mencionada realiza la actualización del importe de las tasas exigidas en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, las cuales experimentan, con carácter general y salvo algunas excepciones, un incremento en su cuantía del 1,5%, previsión ésta efectuada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (17).

(14) De los cuales 89 millones corresponden al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, 29 millones, al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y 3.200 miles, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

(15) En cuya virtud: «Los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual (...) y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades».

(16) De acuerdo con el cual: «El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico, así como el importe de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos que generen rendimientos a la Hacienda aragonesa», inciso este último que constituye una novedad respecto del Estatuto originario, el cual no contemplaba, en su artículo 55, previsión alguna en este sentido.

(17) A cuyo tenor: «Para adecuar las tarifas de las tasas al valor del uso de los bienes de dominio público o al coste variable de la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que las motivan, las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma podrán modificar los elementos cuantificadores de las mismas, aun cuando ello no esté previsto en la Ley específica de creación del tributo».

Pasando ya a abordar el contenido del Título segundo de la Ley de Presupuestos —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 4 a 12)—, el mismo regula tanto el régimen aplicable a los créditos presupuestarios contenidos en el estado financiero de gastos, como las alteraciones que pueden llegar a producirse en relación con ellos durante el ejercicio.

A estos efectos, el artículo 4 del mencionado texto legal viene a recordar el carácter *limitativo* y *vinculante* de los créditos autorizados en los diferentes programas de gasto en lo atinente a las clasificaciones orgánica y funcional por programas; junto a lo cual su artículo 4.2 complementa esta previsión en lo que se refiere a la clasificación económica, haciendo alusión a la vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o concepto, resulta aplicable a cada uno de los Capítulos integrantes de la referida clasificación.

Empero, dicho carácter limitativo se excepciona en el artículo 6.1 de la Ley objeto del presente comentario, precepto éste que enumera una serie de créditos del estado de gastos a los que se confiere la condición de ampliables, de conformidad con la autorización contenida en el artículo 40 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (18). En este sentido, el artículo 6.2 de la Ley de Presupuestos prevé que la financiación de los citados créditos se realizará a través del recurso a alguno de los *tres siguientes medios*: mediante la baja en otros créditos para gastos y, de forma excepcional, por medio de mayores ingresos o con remanentes de tesorería que tengan una adecuada cobertura.

Junto a las circunstancias que acaban de ser mencionadas, el carácter vinculante de los créditos para gastos aparece excepcionado, a su vez, por el artículo 7 de la Ley de Presupuestos, a tenor del cual se otorga al Consejero de Hacienda y Administración Pública la facultad de acordar la realización de las transferencias de crédito recogidas en dicho precepto. Sin embargo, este artículo señala que la autorización de las modificaciones presupuestarias se halla supeditada tanto a la evolución de los recursos que financian el Presupuesto, como al adecuado cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (19).

(18) Entre tales créditos se incluyen, por ejemplo, aquellos derivados de transferencias de competencias de la Administración General del Estado o de otras Administraciones Públicas que se efectúen este ejercicio o los dirigidos al pago de intereses y demás gastos derivados de operaciones de endeudamiento.

(19) El principio de estabilidad presupuestaria constituye, desde el año 2001, uno de los principios presupuestarios básicos, apareciendo recogido en la actualidad en sede del artículo 135.1 de nuestra Constitución. Junto a ello, el referido principio se contempla en el artículo 21.1 de la LOFCA y en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto de acuerdo con el cual «Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural». Por otro lado, también el artículo 3 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria de Aragón

Por fin, y junto a las precisiones realizadas en los párrafos precedentes, el artículo 5 de la Ley de Presupuestos para el 2014 fija los criterios de imputación temporal de los gastos consignados en la misma, indicando, en primer lugar, que con cargo a los respectivos créditos sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos realizados en el año natural correspondiente al ejercicio presupuestario, regla ésta que, no obstante, es objeto de excepción en algunos supuestos tasados.

Así, y siguiendo la línea seguida en anteriores Leyes de Presupuestos, el apartado segundo del artículo 5 de la Ley analizada permite imputar a los créditos del Presupuesto del ejercicio en vigor el pago de las obligaciones derivadas de alguna de las *tres causas siguientes*: a) reconocimiento y liquidación de atrasos por retribuciones o indemnizaciones a favor del personal al servicio de la Comunidad Autónoma; b) compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores, previa autorización del Consejero de Hacienda y Administración Pública; o c) gastos derivados de compromisos contraídos en ejercicios precedentes en los que se ha omitido el trámite de fiscalización cuando éste sea preceptivo, previa convalidación de los mismos por el Gobierno de Aragón.

Junto a lo anterior, el apartado tercero del precepto mencionado *ut supra* prevé la posibilidad de imputar a los Presupuestos de 2014 las obligaciones derivadas de la amortización anticipada de las operaciones de endeudamiento, del pago anticipado de las subvenciones otorgadas para subsidiar puntos de interés o las correspondientes a adquisiciones por precio aplazado de bienes inmuebles y bienes muebles de naturaleza artística cuyo importe sea superior a 620.000 euros.

Por su parte, el artículo 8 del Texto legal ahora analizado viene a hacer realidad la autorización contenida en el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, en la medida en que el mismo se refiere a la posibilidad de que se incorporen a los Presupuestos del año 2014 los remanentes de créditos procedentes del ejercicio anterior, incorporación ésta que debe ser efectuada de forma excepcional y de manera condicionada a la existencia de cobertura financiera acreditada a través de remanentes de tesorería o baja en otros créditos.

Por lo demás, el artículo 11 de la Ley de Presupuestos incorpora la posibilidad de que, a través de un acuerdo del Gobierno de Aragón y a propuesta

viene a hacer alusión a la estabilidad presupuestaria, disponiendo su apartado primero que «Se entenderá por estabilidad presupuestaria, en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.2.a) de esta Ley, la situación de equilibrio o de superávit, en términos de capacidad de financiación, de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales».

del Consejero de Hacienda y Administración Pública, puedan efectuarse ajustes en los estados de gastos e ingresos siempre que ello resulte necesario para conseguir los objetivos de estabilidad presupuestaria (20) o bien cuando proceda legalmente. A mayor abundamiento, el referido Consejero se encuentra autorizado para disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que se fije como insuficiente para la cobertura del coste correspondiente a su exacción y recaudación.

Según se deriva de las previsiones que acaban de ser enumeradas, resulta del todo evidente que los preceptos contenidos en el Título segundo de la Ley de Presupuestos del ejercicio 2014 confieren tanto al Gobierno autonómico, como al Consejero competente en materia de Hacienda, importantes facultades en lo que atañe a la gestión de determinados créditos presupuestarios. De hecho, tales facultades —las cuales recoge el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad—, implican que el órgano de Gobierno de la misma o el referido Consejero determinarán, en numerosas situaciones, la cuantía y el destino definitivos de los gastos públicos.

Para finalizar, el Título ahora mencionado concluye previendo, en su artículo 12, una cautela en relación con la modificación de créditos, al exigir que ésta deberá recogerse en un expediente que exprese las razones que la justifiquen, el precepto legal que la autorice, la sección, servicio, programa, concepto o subconcepto afectados por la misma, el fondo financiador, el proyecto de gasto, así como las posibles desviaciones que, como consecuencia de aquélla, puedan llegar a producirse en la ejecución de los programas de gasto y en la consecución de los correspondientes objetivos.

De manera adicional, dicho precepto recoge la obligación de remitir a las Cortes de Aragón, con periodicidad mensual, el conjunto de las resoluciones relativas a las modificaciones presupuestarias antes indicadas que tengan lugar en el referido período temporal, indicando, en cada una de ellas, los datos concernientes al programa, servicio o concepto, el proyecto de gasto, la cuantía de la modificación, la autoridad que las aprueba, la normativa en la cual se apoya y su fecha de aprobación. En consecuencia, un año más permanecen inalteradas las específicas obligaciones de información a las que debe darse cumplimiento en las hipótesis de realización de las operaciones citadas en los párrafos precedentes.

El Título tercero de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2014 —que lleva por rúbrica «DE LA GESTIÓN DEL PRESUPUESTO» (artículos 13 a 16)— contiene una serie de previsiones cuyo fin se centra en tratar de evitar la aparición de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas

(20) Véase la nota número 19.

decisiones, incluidas las que comportan repercusiones en el gasto para ejercicios futuros.

En este sentido, el artículo 13 de la susodicha Ley prevé, como ha venido resultando habitual en este punto, que cualquier proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento del gasto en el ejercicio 2014, o en otro posterior, tendrá que incluir una memoria económica que ponga de relieve las eventuales repercusiones presupuestarias de su ejecución y la forma en que serán financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa (21). De hecho, la citada obligación afecta a toda propuesta de acuerdo o resolución, condicionándose su efectividad a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada, de acuerdo con los programas de gasto cuya gestión le corresponda.

En lo que concierne a los compromisos de gasto de ejercicios futuros, el artículo 15 de la Ley de Presupuestos otorga al Consejero de Hacienda y Administración Pública la competencia para acordar la autorización de gastos plurianuales en los supuestos a los que se refiere el artículo 41.2, letras b) y e), del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (22), cualquiera que sea el número y porcentaje de gasto de las anualidades, correspondiendo al Gobierno de Aragón dicha competencia en el resto de las hipótesis contempladas en el último precepto citado. Junto a ello, el artículo aludido en primer lugar establece que incumbe al referido Consejero la autorización de los gastos que se tramiten anticipadamente para el ejercicio inmediato siguiente, así como del gasto de ejercicios futuros en los casos no contemplados de modo expreso.

De forma adicional a las previsiones ahora citadas, y con el objeto de hacer realidad la finalidad aludida tres párrafos más atrás, el artículo 14 de la Ley de Presupuestos para 2014 confiere al Consejero de Hacienda y Administración Pública la posibilidad de acordar retenciones en los créditos para gastos cuya financiación se lleve a cabo con recursos afectados, y ello hasta el instante en que exista constancia del ingreso o de la asignación de

(21) A estos efectos, cabe recordar que el artículo 7.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera precisa que «Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

(22) Tales hipótesis son aquellas en que los citados gastos plurianuales tienen por objeto contratos de suministros, de asistencia técnica y científica o de arrendamiento de bienes que no pueden ser estipulados por el plazo de un año o que este plazo resulte más gravoso o bien operaciones de endeudamiento.

los mismos a la Comunidad, situación ésta que sólo resulta excepcional —en buena lógica— en aquellos supuestos en que tales retenciones puedan afectar a intereses sociales relevantes.

De este modo, las normas contenidas en el Título tercero de la Ley de Presupuestos para el presente ejercicio vienen a otorgar al Gobierno o al Consejero competente en materia de Hacienda facultades esenciales en sede presupuestaria. Es más, ello se refleja, asimismo, en relación con los créditos que amparan proyectos financiados con fondos estructurales o de carácter finalista, puesto que el artículo 14 de la referida Ley concede al Consejero de Hacienda y Administración Pública la facultad de autorizar, en estas situaciones, aquellas modificaciones presupuestarias que resulten necesarias para permitir la adecuada justificación y gestión de tales fondos.

Por lo demás, el artículo 16 del texto normativo ahora examinado hace alusión a las transferencias a organismos públicos, estableciéndose que, con carácter general, el reconocimiento de las transferencias nominativas destinadas a los mismos o a la Universidad de Zaragoza se realizará con periodicidad mensual por doceavas partes.

Una vez precisado lo anterior, pasamos a abordar el Título cuarto de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2014, titulado «DE LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 17 a 31).

Más en concreto, este Título establece el régimen retributivo aplicable, por una parte, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de similar naturaleza y, por otro, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad durante el ejercicio 2014. No obstante, el contenido de tales previsiones no será objeto de un análisis detallado por tratarse ésta de una cuestión que excede de los límites del presente trabajo.

Sea como fuere, ha de hacerse referencia al hecho de que las retribuciones de este ejercicio experimentan, en relación con las del año 2013, idéntica variación a la establecida, acerca de esta misma cuestión, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, previsión que, según reconoce de forma expresa el artículo 17.1 de la Ley de Presupuestos de Aragón, se enmarca en las bases de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público.

En este sentido, este precepto prevé, en su inciso final, la obligatoriedad de que cualquier acuerdo o convenio que conlleve un crecimiento retributivo superior al establecido se adecue a lo dispuesto en el referido artículo, resultando inaplicables, en caso contrario, las cláusulas que se opongan al mismo.

El Título quinto de la Ley de Presupuestos para el presente ejercicio, bajo la rúbrica de «DE LAS TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES Y DE LAS

ACTUACIONES DE POLÍTICA TERRITORIAL» (artículos 32 y 33), constituye un claro reflejo de la coordinación financiera existente entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones de otras entidades territoriales de Aragón.

A estos efectos, el artículo 32 de la mencionada Ley hace alusión a los criterios de gestión del Fondo Local de Aragón, el cual aparece integrado por el conjunto de transferencias destinadas a las Entidades Locales de Aragón incluidas en los Presupuestos de esta Comunidad como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquéllas. En concreto, este Fondo viene desarrollado en el Anexo I de la Ley de Presupuestos y se encuentra compuesto de programas específicos relativos a tales Entidades y de determinados programas sectoriales (en la parte a ellas referida).

Junto a lo anterior, dicho precepto prevé la posibilidad de que el Gobierno de Aragón establezca líneas de subvención del citado Fondo Local dirigidas a financiar la colaboración en el mantenimiento de actuaciones o servicios que sean de competencia compartida entre la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Entidades Locales.

En lo que respecta a la gestión del Fondo Local de Aragón, el Gobierno autonómico ha de informar trimestralmente a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón acerca del grado de ejecución y destino específico de los créditos incluidos en aquél, debiendo indicarse su importe y destinatario, así como la específica actividad que se apoya y la operación financiada (artículo 32.3).

A su vez, el artículo 33 de la Ley de Presupuestos regula los Programas de Apoyo a la Administración Local y de Política Territorial, los cuales aparecen desglosados también en el Anexo I del mencionado Texto legal. En este sentido, el Programa de Política Territorial constituye un instrumento multisectorial de ordenación del territorio y da cabida a un conjunto de dotaciones cuyo objetivo primordial aparece centrado en conseguir la adecuada vertebración territorial y social de nuestra Comunidad, pudiendo ejecutarse aquéllas tanto mediante actuaciones de la propia Administración autonómica, como a través de medidas de fomento de entidades públicas o privadas.

El Título Sexto de la Ley de Presupuestos objeto de este comentario —«DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 34 a 38)— precisa el régimen aplicable a las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga la Comunidad Autónoma de Aragón (incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como el de los avales que aquélla conceda a lo largo del año 2014.

En lo que concierne al citado ejercicio presupuestario, el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias que efectúe el Gobierno de Aragón es de 1.159.890 miles de euros (artículo 34.1),

cantidad esta última, como ya hemos indicado en un instante previo, superior a la prevista para el año 2013. A estos efectos, y como es habitual, la contracción de tal endeudamiento podrá ser formalizada en una o en varias operaciones, tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o en divisas, en atención a lo que resulte más conveniente para los intereses de nuestra Comunidad. Sea como fuere, y con independencia de su modalidad, las referidas operaciones de endeudamiento han de ajustarse en todo momento a lo regulado en la normativa vigente en la materia (23).

Por otro lado, el Gobierno de Aragón se encuentra también facultado para acordar la refinanciación o sustitución del endeudamiento vivo con el fin de conseguir una disminución en el importe de los costes financieros actuales o futuros; asimismo, se permite al Consejero Hacienda y Administración Pública la concertación de operaciones de derivados financieros —opciones, permutas, etc.— que contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad, siempre que ello no comporte un incremento de la deuda viva autorizada.

Por su parte, el artículo 35 de la Ley de Presupuestos para 2014 contempla la posibilidad de que los organismos públicos, empresas y demás entes del sector público de la Comunidad Autónoma puedan concertar, en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento. En esta línea, y para los supuestos en que éstas sean a largo plazo (más de un año), dichos organismos deberán contar con la autorización previa del Departamento de Hacienda y Administración Pública, requisito que también se exige respecto de aquellas operaciones crediticias por plazo inferior a un año cuando su importe, individual o conjunto, sea superior a 20.000 euros a lo largo del ejercicio.

Ya en lo que respecta a los avales públicos (artículo 36), es el Gobierno de Aragón quien, a propuesta conjunta de los Consejeros Hacienda y Administración Pública y Economía y Empleo, ostenta la competencia para su concesión, pudiendo otorgarse aquéllos a empresas radicadas en Aragón —con prioridad para las PYMES— respecto de las operaciones concertadas por las mismas con la finalidad de garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. No obstante, el importe total de los citados avales no podrá rebasar

(23) A este respecto, cabe recordar que las operaciones de endeudamiento llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos recogidos en el artículo 14 de la LOFCA. Así, una de dichas limitaciones —prevista en el apartado tercero de este precepto— se refiere a la necesidad, por parte de las referidas Comunidades, de obtener autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que, según dispone el citado artículo, deberá tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. La susodicha autorización es necesaria, asimismo, en cualquier otra operación de crédito concertada por una Comunidad Autónoma cuando se constate que esta última ha incumplido el mencionado principio de estabilidad presupuestaria.

la cantidad de 150 millones de euros —cuantía ésta idéntica a la prevista en el ejercicio anterior— y su otorgamiento exigirá la previa autorización de la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón en los casos en que los avales propuestos —o acumulando los anteriores recibidos— superen la cantidad de 6 millones de euros.

Además, y como es lógico, la concesión del aval exige el cumplimiento de una serie de requisitos de diversa índole. En esta línea, debe acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social, junto a lo cual los sujetos beneficiarios deberán demostrar que no han sido sancionados —mediante sanción firme, por infracciones graves o muy graves— por las autoridades laborales competentes, así como también el cumplimiento de la normativa vigente en materia de residuos. Asimismo, y en el caso de empresas privadas, se establece la obligación de presentar los estados económico-financieros con el fin de estimar su viabilidad.

Acto seguido, el artículo 37 viene a hacer referencia a la posibilidad de formalizar —con autorización del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración Pública— contratos de reafianzamiento y aval con sociedades de garantía recíproca que tengan su domicilio en Aragón por un importe máximo global de 20 millones de euros, estableciéndose, de forma concreta, las condiciones exigidas para ello.

Ya para finalizar el presente Título de la Ley de Presupuestos, el artículo 38 prevé que el Departamento de Economía y Empleo realizará las actuaciones que correspondan a nuestra Comunidad Autónoma derivadas de la Ley de Incentivos Regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales.

El Título séptimo del Texto legal ahora examinado lleva por rúbrica «DE LOS CRÉDITOS Y ACCIONES PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO Y LA COMPETITIVIDAD» (artículos 39 a 41) y da continuidad al Fondo —previsto, a su vez, en los Presupuestos del ejercicio 2013— cuyo objeto se centra en la creación de empleo. Más en concreto, es el Gobierno de Aragón, a propuesta de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos, quien determina las líneas de subvención y los programas o proyectos de inversión dirigidos a financiar las iniciativas que contribuyan al fomento del empleo y a la mejora de la competitividad, incluyéndose en el anexo IV de la Ley de Presupuestos del presente año los importes de los diferentes Departamentos destinados a tal fin.

En lo que concierne al Título octavo —«DE LOS CRÉDITOS Y ACCIONES PARA LA INCLUSIÓN SOCIAL Y LA AYUDA FAMILIAR URGENTE» (artículos 42 y 43)—, y en la línea de lo previsto en el ejercicio 2013, el mismo aparece referido al Fondo configurado como un conjunto de acciones y transferencias de carácter social y socioeducativo dirigidas a hacer frente

a situaciones personales, familiares y colectivas de mayor vulnerabilidad o riesgo de exclusión social.

A estos efectos, la gestión del citado Fondo se efectúa por el Gobierno de Aragón, el cual podrá determinar las líneas de subvención y los programas o proyectos de inversión que se dirijan a financiar las iniciativas que contribuyan a reforzar las políticas contra la exclusión social, siendo el Consejero de Hacienda y Administración Pública el encargado de autorizar las transferencias precisas entre los créditos de operaciones de capital para adecuarlas a la forma en que vaya a instrumentarse su gestión.

Por lo demás, la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón viene a incorporar un nuevo Título noveno denominado «DE LOS CRÉDITOS Y ACCIONES DEL FONDO TERRITORIAL Y RURAL» (artículos 44 y 45), el cual se halla conformado por el conjunto de inversiones y transferencias de capital dirigidas a fomentar actuaciones de desarrollo del territorio en el ámbito rural cofinanciadas por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) y la Comunidad Autónoma, encontrándose dotado en el presente ejercicio con 26 millones de euros.

Una vez abordado el análisis de los diferentes Títulos integrantes de la Ley de Presupuestos de Aragón para el ejercicio 2014, resulta preciso aludir de forma sucinta a distintas *cuestiones* que aparecen reflejadas en sede de las disposiciones adicionales y transitorias de la referida Ley: 1) la tarifa del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas; 2) la determinación del régimen al que se sujeta la concesión de subvenciones y ayudas con cargo al Presupuesto de la Comunidad; 3) el establecimiento de diversos criterios de gestión de algunos créditos presupuestarios y 4) la dotación del Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria.

En relación con la primera de las cuestiones mencionadas, es la disposición adicional 21ª de la Ley ahora comentada la que —según prevé la Ley de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (24)— establece la tarifa del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas aplicable (el anteriormente denominado «Canon de Saneamiento»). A este respecto, hemos de destacar que esta disposición procede a distinguir entre los usos domésticos y los industriales, fijándose, asimismo, el componente fijo y el variable de dicho tributo.

Ya en segundo lugar, y en lo que atañe al régimen de las subvenciones (disposiciones adicionales 2ª a 5ª), la Ley de Presupuestos recoge la exigencia de que el solicitante de aquéllas acredite la circunstancia de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social [salvo cuando

(24) Ley 6/2001, de 17 de mayo (artículo 58.1).

el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas (25)], así como el adecuado cumplimiento de la normativa vigente en materia de tratamiento de residuos y el no haber sido objeto de sanción por la autoridad laboral competente.

De manera adicional, la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval previo (aunque sea para una operación distinta) exigirá la autorización del Gobierno de Aragón, régimen aplicado también en la hipótesis contraria, esto es, en aquellas situaciones en que, tras haber obtenido una subvención, se solicite un aval con posterioridad. En cualquier caso, y salvo en los casos excepcionales autorizados por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia, respecto de un mismo proyecto, de aval y subvención.

Junto a ello, viene a precisarse que tanto la Administración de la Comunidad Autónoma como sus organismos autónomos y empresas deberán publicar en el BOA, con carácter trimestral, un listado-resumen de todas las subvenciones y ayudas otorgadas, indicando, entre otras cuestiones, el programa y línea de subvención, el beneficiario, la finalidad y la cuantía. Por su parte, se dispone que una vez finalizado el ejercicio presupuestario, deberá remitirse a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón un listado-resumen de las subvenciones otorgadas a lo largo de todo el año, ordenado por programas y líneas de subvención.

Con independencia de lo anterior, y en relación con la tercera de las cuestiones arriba indicadas —gestión de ciertos créditos presupuestarios—, la disposición adicional 1ª de la Ley objeto del presente comentario se ocupa de esta materia en lo que atañe al Presupuesto de las Cortes de Aragón, correspondiendo a las disposiciones adicionales 9ª y 19ª, respectivamente, el establecimiento de previsiones específicas en torno a la gestión de los créditos concernientes a los Capítulos relativos a Diversos Departamentos y a las Administraciones comarcales.

Por lo demás, y al igual que en las Leyes presupuestarias de los dos ejercicios precedentes, la disposición adicional 9ª viene a hacer referencia al Fondo de Contingencia de ejecución Presupuestaria, el cual tiene como finalidad cubrir ciertas contingencias en materia de incendios, social, educativa, universitaria y de investigación. Más en concreto, dicho Fondo aparece dotado en el año 2014, de forma aproximada, con un importe de 23 millones de euros, cuantía ésta que puede verse incrementada a lo largo del ejercicio mediante modificaciones presupuestarias y de cuya aplicación ha de informar trimestralmente el Departamento de Hacienda y Administración Pública a las Cortes de Aragón.

(25) Como, por ejemplo, las destinadas a la contratación de seguros agrarios o la formación universitaria, la realización de proyectos y actividades de investigación o las establecidas para la formación del personal investigador.

DERECHO COMPARADO

EL FARM BILL ESTADOUNIDENSE. UN EJEMPLO A SEGUIR COMO HERRAMIENTA DE CUSTODIA PARA LA RESTAURACIÓN DE SUELOS HISTÓRICAMENTE CONTAMINADOS POR LA MINERÍA (*)

BLANCA SORO MATEO
SANTIAGO M. ÁLVAREZ CARREÑO
CARLOS JAVIER DURÁ

SUMARIO: I. INTERROGANTES EN TORNO A LA APLICACIÓN DE INSTRUMENTOS EMERGENTES DE GESTIÓN AMBIENTAL PARA LA FINANCIACIÓN DE PROYECTOS DE RESTAURACIÓN POR CONTAMINACIÓN HISTÓRICA, COMO CONSECUENCIA DEL FRACASO DE LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL.– II. EL «FARM BILL» ESTADOUNIDENSE Y LOS PROGRAMAS DE RESERVA CON FINES DE CONSERVACIÓN: 1. Breve historia del Farm Bill. 2. El contenido de los Programas de conservación del Farm Bill: A) Los programas de protección de tierras son utilizados para establecer medidas de gestión sobre las tierras elegidas para su conservación. B) Los programas de Restauración o Mejora de la Tierra buscan la restauración de la tierra o la mejora de su gestión a través de técnicas que permiten compartir los costes del proyecto de restauración o mejora. 3. Requisitos para la elegibilidad del territorio.– 4. Estudio de un caso: el Programa de Conservación de Tierras mediante el empleo de las servidumbres de conservación: el Programa de Reserva de Humedales (Wetland Reserve Program – WRP). 5. Programas de Restauración y Mejora de la Tierra (Recovery Land Program – RLP). Programa de Incentivos para la Vida Silvestre (Habitat Incentives Program Wildlife – HIPW).– III. ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICAS POR RESOLVER, A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. NUESTRA PROPUESTA: LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONTRATO TERRITORIAL: 1. Precedentes del Farm bill en España. 2. El contrato territorial regulado por el Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre. 3. Conclusión.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El objeto del presente trabajo se concreta en explorar y analizar la posibilidad de aplicar instrumentos emergentes de gestión ambiental para revertir la situación de la degradación de los elementos del medio ambiente derivada de hechos acaecidos en el pasado y en relación a los cuales los sistemas de responsabilidad ambiental hasta ahora no dan respuesta, como la custodia del territorio, siempre en el

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 19 de septiembre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de septiembre de 2014.

marco de los principios de participación, corresponsabilización, quien contamina paga, no regresión y solidaridad intergeneracional en materia ambiental.

La implicación de los propietarios de los suelos contaminados en la restauración y el mantenimiento de usos sostenibles del suelo descontaminado constituiría un gran avance en este ámbito, en el que las leyes de responsabilidad ambiental y de suelos contaminados no nos ofrecen una respuesta satisfactoria. El *Farm Bill* estadounidense podría servir de modelo para el diseño e implementación de este nuevo enfoque.

Palabras clave: contrato territorial; *Farm Bill*; suelos contaminados; restauración ambiental; custodia del territorio; responsabilidad ambiental; minería.

ABSTRACT: The purpose of this work is to explore and analyze the possibility of applying emerging environmental management instruments to reverse the situation of the degradation of the elements of the environment as a result of events occurring in the past, and in relation to which previous environmental responsibility systems do not offer an answer, like land stewardship, always in the framework of the principles of participation, co-responsibility, polluter pays, no regression and intergenerational solidarity in environmental matters. The involvement of the owners of contaminated soils in the restoration and maintenance of sustainable uses of the decontaminated soil would constitute a breakthrough in this field, in which the laws of environmental responsibility and contaminated soils do not offer a satisfactory answer. The U.S. Farm Bill could serve as a model for the design and implementation of this new approach.

Key words: territorial contract; Farm Bill; contaminated soils; environmental restoration; land stewardship; environmental responsibility; mining.

I. INTERROGANTES EN TORNO A LA APLICACIÓN DE INSTRUMENTOS EMERGENTES DE GESTIÓN AMBIENTAL PARA LA FINANCIACIÓN DE PROYECTOS DE RESTAURACIÓN POR CONTAMINACIÓN HISTÓRICA, COMO CONSECUENCIA DEL FRACASO DE LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

El objeto del presente estudio se concreta en explorar y analizar la posibilidad de aplicar instrumentos emergentes de gestión ambiental para revertir la situación de la degradación de los elementos del medio ambiente derivada de hechos acaecidos en el pasado y en relación a los cuales los sistemas de responsabilidad ambiental hasta ahora no dan respuesta, como la custodia del territorio, siempre en el marco de los principios de participación, corresponsabilización, quien contamina paga, no regresión y solidaridad intergeneracional en materia ambiental.

El supuesto concreto de contaminación histórica a considerar es el que tuvo lugar en la Sierra de Cartagena-La Unión o Sierra Minera, uno de los distritos mineros más importantes en España, y el de mayor relevancia en la Región de Murcia. En los aproximadamente 50 km² que ocupa el área central

de la Sierra Minera, se extrajo de sus yacimientos hierro (Fe), plomo (Pb) y zinc (Zn). Las labores, que comenzaron en la antigüedad, tuvieron su mayor apogeo en dos etapas: una entre los años 1842 y 1950 y otra desde 1950 hasta su paralización en el año 1991. Hasta hoy siguen las discusiones acerca de la restauración del espacio y persisten los problemas de transferencia de metales pesados a la cadena alimentaria. La zona de trabajo seleccionada es la del antiguo distrito minero de Cartagena-La Unión (Murcia), que en su parte central, cerca de la ciudad de Cartagena, cubre un área de algo más de unos 50 km², pero el área de influencia de la dispersión de metales pesados desde las antiguas áreas de explotación es mucho mayor, afectando cerca de unos 500 km², incluyendo los sedimentos del cercano Mar Menor, con concentraciones muy elevadas de metales (Dassenakis et al., 2009). Los núcleos poblacionales que se ubican o bien en el núcleo minero en sí, o bien en sus alrededores (Ciudad de Cartagena y zonas turísticas del Mar Menor) suman una población estable del entorno de las 200.000 personas, mientras que la población estacional o flotante casi duplica esta cifra en verano. A este respecto, hay que destacar el hecho de que conforme al informe «Cáncer de Pulmón en España. Radiografía 2008», el Grupo Español de Cáncer de Pulmón (GECp) puso de manifiesto que el entorno minero de Cartagena-La Unión, en plena zona minera, presenta una de las más altas tasas de cáncer asociada a los procesos respiratorios, y por tanto posiblemente por inhalación de material particulado fino enriquecido en metales, de toda España.

El fracaso de la aplicación de las normas sobre responsabilidad ambiental, la inoperancia de los poderes públicos para administrar el desastre y los fallidos intentos de restauración derivados de proyectos públicos y privados nos permite afirmar que la problemática de la restauración de suelos contaminados se centra especialmente en la cuestión relativa a la financiación de los costes de descontaminación de los daños históricos que suponen un riesgo para la salud y para el medio ambiente. Esto es, el conflicto en estos casos se centra en determinar quién debe asumir la restauración ambiental de estos daños históricos, la Administración, el responsable de la contaminación o el eventual promotor de la restauración que, asumiendo los costes de la misma, participará en su caso en la explotación de los residuos, en las plusvalías o en otras externalidades positivas de la regeneración del medio afectado y en qué medida. Asimismo, habrá que concretar si el ordenamiento jurídico permite o contempla el establecimiento de limitaciones del derecho de propiedad de los propietarios de los terrenos sobre los que opera una restauración, en el caso de que dicha restauración sea financiada con fondos ajenos al propietario.

En este contexto, y en relación con lo anterior, resulta de gran interés estudiar la posibilidad de aplicar instrumentos emergentes de gestión ambiental para revertir la situación de la degradación de los elementos del medio

ambiente acaecidos en el pasado y en relación a los cuales los ordenamientos europeos de nuestro entorno hasta ahora no dan respuesta, como el *Farm Bill* estadounidense.

II. EL «*FARM BILL*» ESTADOUNIDENSE Y LOS PROGRAMAS DE RESERVA CON FINES DE CONSERVACIÓN

1. Breve historia del *Farm Bill*

El *Farm Bill* o Ley Federal de Alimentos, Conservación y Energía, en su última versión, es un conjunto de leyes que regulan la agricultura en general y en especial la orientada a la producción de alimentos, la asistencia nutricional, la conservación de la biodiversidad, la energía, el desarrollo rural y otras políticas sectoriales con ellas relacionadas (1).

Desde su aprobación inicial en 1933, la primera aparición de aspectos relacionados con la conservación de los recursos naturales de manera importante se produjo en 1985. Esta versión del *Farm Bill* incluyó medidas para detener determinadas prácticas productivas arraigadas en el mundo rural, contrarias a la conservación de sus valores y pretendió incentivar aquellas que lo potencian, como la obligación de nuevas prácticas más sostenibles en las actividades de labranza de tierras de alto valor ecológico o la conservación de zonas húmedas. A dicho fin se crearon los ya entonces populares *Programas de Reserva con Fines de Conservación*, cuyo objetivo consistió en pagar directamente a los propietarios de tierras altamente erosionables por la agricultura clásica cuando dichos propietarios se implicaran en conservar los valores naturales de sus fincas.

Conforme han ido avanzando, los Programas de Conservación han tenido un protagonismo mucho mayor, creciendo continuamente en su dotación presupuestaria. Mientras tanto, el enfoque de los programas ha ido evolucionado para abordar no sólo la conservación del suelo y humedales, sino también la restauración de éstos (la conservación de bosques, la protección ambiental del agua o del aire, la creación de hábitats de vida silvestre y la pervivencia de suelos como sumideros de carbono (2).

En cuanto a su dotación presupuestaria, interesa resaltar que el *Farm Bill* de 2008 incluyó más de 284 mil millones de euros durante el período federal comprendido entre 2008 y 2012, si bien los Programas de Conservación

(1) Véase COUGHLIN, E., KEENE, C. «*The Protection of Farmland: A Referencie Guidebook for State and Local Governments*». Washington, D.C.: National Agricultural Lands Study. 1981.

(2) Véase RODEGERDTS, E. «*Land Trust and Agricultural Conservation Easements*». *Natural Resources & Enviroment* 13, n° 1. 1998.

están recibiendo una parte relativamente pequeña del global; tan «sólo» 24 mil millones de euros de esos fondos están destinados al desarrollo de estos programas (3).

Aunque muchos Programas de Conservación *Farm Bill* se centran en la preservación y mejora de las tierras agrícolas, todos contienen disposiciones importantes que benefician a la conservación de la vida silvestre (4). Los beneficios en las poblaciones de los animales silvestres, ubicadas en las tierras adscritas a los programas del *Farm Bill* han sido impresionantes (5). Las comunidades de aves acuáticas y esteparias, típicas de zonas húmedas y de pastizales, han experimentado aumentos significativos a nivel nacional a través de este Programa de Conservación de Reservas. Otros estudios muestran importantes beneficios para los peces (de aguas continentales), los mamíferos y los anfibios gracias a los Programas de Conservación de la Vida Silvestre (*Farm Bill Wildlife Programs*) (6).

2. El contenido de los Programas de Conservación del *Farm Bill*

Los Programas de Conservación del *Farm Bill* responden a tres categorías generales: a) la protección de la tierra; b) la restauración y mejora de la tierra, y c) los subsidios y otros programas (7). A su vez, dentro de las categorías a) y b) los programas se clasifican por el tipo de asistencia y metodología (servidumbre, alquileres, adquisición, costos compartidos, etc.) que proporcionan (8).

A) Los programas de protección de tierras son utilizados para establecer medidas de gestión sobre las tierras elegidas para su conservación

Para ello, los propietarios pueden renunciar a la explotación de la tierra a través del establecimiento de una servidumbre de conservación (*conservation easement*) de tipo permanente o a corto plazo (hasta un máximo de 30 años),

(3) Véase www.tnla.com a diciembre de 2012.

(4) Véase NOOAN, P. «*Conservation for a Sustainable Agriculture*». The First 10 Years (Washington, D.C.: American Farmland Trust. 1996).

(5) Véase HAUFLE, J.B. «*Fish and wildlife benefits of Farm Bill conservation programs: 2000-2005*». 2005. The Wildlife Society Technical.

(6) Véase Agricultural Wildlife Conservation Center. «*High-density, short-duration grazing good for trout as well as cattle*». USDA NRCS Fish and Wildlife Technology Findings No. 68-7482-3-131. Madison. Mississippi. 2009.

(7) Véase «*Soil and Water Conservation Society and Environmental Defense Fund*». 2007. An Assessment of Technical Assistance for Farm Bill Conservation Programs.

(8) *Ibid.*

contratos de alquiler o adquisición de pago simple para su adquisición (9). En EEUU existen cuatro programas que ofrecen pagos para compensar a los propietarios de tierras por la venta de una servidumbre de conservación en sus tierras, el Programa de Protección de Granjas y Ranchos (*Farm and Ranchland Protection Program – FRPP*), el Programa de Reserva de Cubierta Vegetal –pastizales– del Suelo (*Grass Reserve Program – GRP*), el Programa de Reserva de Humedales (*Wetland Reserve Program – WRP*) y el Programa de Reserva de Bosques Saludables (*Healthy Forests Reserve Program – HFRP*) (10).

Como hemos advertido, tros programas imponen obligaciones que van más allá de la servidumbre de conservación, al perder el agricultor o ganadero propietario de la tierra, al menos temporalmente, la posesión de la misma. Se trata de los programas de «Arrendamiento» que incluyen el Programa de Reserva de Conservación (*Conservation Reserve Program –CRP*), y sus derivados: el Programa de Conservación Continuada de Reservas (*Continued Conservation Reserve Program –CCRP*), el Programa de Mejoras de Conservación en las Reservas (*Conservation Reserves Program –CREP*), y el Programa de Reservas de Pastizales (*Grasland Reserve Program –GRP*). Estos últimos ofrecen incentivos a los propietarios que consisten en renunciar temporalmente a ciertos usos de su tierra, tales como la producción de determinados tipos de cultivos o determinados tipos de desarrollos a cambio de pagos por una renta anual (11).

Por exponer un pequeño ejemplo, en la Región noroeste de las praderas norteamericanas, solamente el Programa de Conservación de Reservas (CRP) abarca casi 5 millones de hectáreas, aproximadamente un área del tamaño de Massachusetts, y contribuye significativamente a la producción de pastos y pastizales para las aves (12).

(9) Véase ZECKOSKI, R., B. BENHAM, LUNSFORD, C. 2007. «*Streamside livestock exclusion: a tool for increasing farm income and improving water quality*». Virginia Cooperative Extension number 442-766.

(10) Véase HACKETT, E. «*The Wildlife Habitat Incentives Program: a summary of accomplishments*». 2000. A comprehensive review of Farm Bill contributions to wildlife conservation. Department of Agriculture, Natural Resources Conservation Service, Wildlife Habitat Management Institute, Technical Report USDA/NRCS/WHMI– 2000.

(11) Véase VAUGHN, M., SKINNER, M. «*Using Farm Bill Programs for Pollinator Conservation*». Technical Note No. 78. USDA– NRCS/Xerces Society for Invertebrate Conservation. http://plants.usda.gov/pollinators/Using_Farm_Bill_Programs_for_Pollinator_Conservation.pdf. 2008.

(12) Véase IMHOFF, D. «*Farming with the Wild: Enhancing Biodiversity on Farms and Ranches*». The Wild Farm Alliance, P.O. Box 2570, Wtsonville, CA 95077 (831). 2008, www.wildfarmalliance.org.

B) Los programas de Restauración o Mejora de la Tierra buscan la restauración de la tierra o la mejora de su gestión a través de técnicas que permiten compartir los costes del proyecto de restauración o mejora

Los dos principales programas de restauración de costes compartidos son el Programa de Incentivos para Recuperar el Hábitat de la Vida Silvestre (*Wildlife Habitat Incentives Program – WHIP*) y el de Incentivos de Calidad Ambiental (*Incentives Quality Program – IQP*). Ambos proporcionan pagos para compensar el coste de adoptar determinadas prácticas de conservación. El IQP ofrece una compensación adicional a la pérdida de ingresos derivada de la adopción de una conservación práctica (13).

Otro programa, el Programa de Manejo para la Conservación (CSP), ofrece incentivos para recompensar a los propietarios de tierras para el mantenimiento o el inicio de las actividades de conservación en tierras agrícolas.

3. Requisitos para la elegibilidad del territorio

Cada programa del *Farm Bill* incluye una serie de requisitos de acceso de tierras. Los propietarios de tierras son casi siempre sus principales solicitantes, junto con las ONGs que negocian para los anteriores, o para sí mismas, si compran la tierra o adquieren servidumbres de conservación. Con carácter general, los solicitantes deben cumplir con determinados requisitos básicos para participar en los programas del USDA (14) relacionados con los ingresos brutos y destino de las explotaciones: los solicitantes, incluyendo a los fideicomisos de tierras, no pueden recibir los beneficios de los programas de conservación del USDA si su importe anual de ingreso bruto procedente de actividades que no sean agrícolas excede de un millón de euros, a menos que dos tercios de dicho ingreso bruto total deriven de la agricultura, la ganadería y la explotación forestal (15).

Todos los solicitantes que deseen recibir beneficios del USDA deben cumplir lo dispuesto en la Ley Agrícola de 1985 y siguientes sobre la conservación de tierras altamente erosionables y la conservación de humedales. Dichas disposiciones fueron promulgadas para controlar la erosión del suelo y tratar

(13) Véase BARSTOW, C. «*The Eco-Foods Guide: What's Good for the Earth is Good for You*». 2002. New Society Publishers.

(14) Véase WELDON, A. «*Conserving Habitat Through The Federal Farm Bill*». A Guide for Land Trust and Landowners. Defenders of the Wild. 2010.

(15) Véase SWANSON, D.A., SCOTT, D., RISLEY, D. «*Wildlife benefits of the Conservation Reserve Program in Ohio*». *Journal of Soil and Water Conservation* 54. 1999.

de evitar que los agricultores perdiesen parte de las tierras utilizadas para la agricultura por no haber establecido medidas de conservación (16).

Los propietarios de zonas húmedas son disuadidos, mediante la aplicación de estas normas, de realizar en sus tierras actividades de gran impacto ambiental como el drenaje, el relleno u otro tipo de cambio de uso en el suelo. El incumplimiento de las disposiciones contra la erosión o de mantenimiento de los humedales puede conllevar la pérdida de los beneficios del programa del USDA, cuando sean significativas (17).

Los propietarios que deseen inscribirse para participar en un programa de conservación que no hayan trabajado antes con el USDA y que tengan tierras altamente erosionables también pueden solicitar la subvención a partir del momento mismo en el que comienzan a elaborar un plan de conservación de suelos. Normalmente, un representante del USDA (18) supervisa y puede ayudar en el desarrollo de este plan.

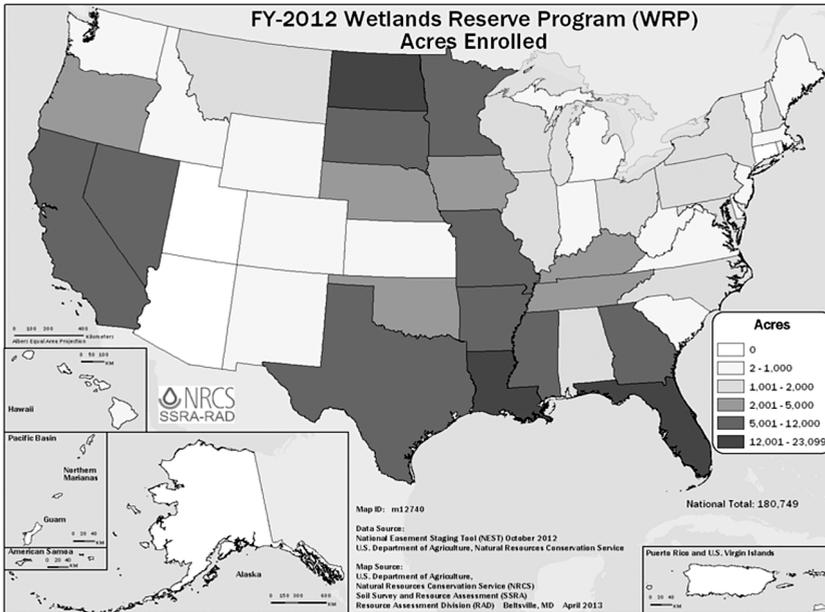
4. Estudio de un caso: el Programa de Conservación de Tierras mediante el empleo de las servidumbres de conservación: el Programa de Reserva de Humedales (Wetland Reserve Program - WRP)

El *Programa de Reserva de Humedales* (WRP) otorga asistencia técnica y financiera para ayudar a los propietarios de tierras que se encuentren en zonas húmedas a conservar, restaurar, proteger y mejorar los humedales, incluidas las zonas adyacentes a sus propiedades por la función tan importante que cumplen. En el año 2008, más de 2 millones de hectáreas fueron protegidas por el WRP. Estas iniciativas generan enormes repercusiones positivas en la vida silvestre, particularmente a lo largo de las principales rutas de las aves migratorias. La Ley Agrícola de 2008, y posteriormente la del año 2012, ha mantenido el WRP hasta que se llegue a una cifra de una superficie aproximada de 3 millones de hectáreas para el año 2012.

(16) Véase WEBER, W., ROSEBERRY, J., WOOLF, A. «*Influence of the Conservation Reserve Program landscape structure and potential upland wildlife habitat*». *Wildlife Society Bulletin* 30. 2002.

(17) Véase RYAN, M. «*Impact of the Conservation Reserve Program on wildlife conservation in the Midwest*». Págs. 45-54. A comprehensive review of Farm Bill contributions to wildlife conservation, 1985-2000. U.S. Department of Agriculture, Forest Service, Technical Report USDA/NRCS/WHMI-2000.

(18) Véase HADDAD, N., ROSENBERG, D. «*On experimentation and the study of corridors*». *Conservation Biology* 14. 2006.



Cortesía del *Natural Resources Conservation Service*. United States, Department of Agriculture. Mayo 2014.

Las *tierras elegibles* deben cumplir los siguientes requisitos: 1. Ser de titularidad privada o propiedad tribal. Debe tratarse de lugares importantes para la cría, la migración o la dispersión de especies de interés o enumeradas. Abarca tanto a humedales en situación degradada, como aquellos que se encuentren abandonados o desecados, así como las tierras adyacentes que contribuyan al mantenimiento de los mismos (19). 2. Maximizar los beneficios de vida silvestre, así como los valores conseguidos por la restauración de los humedales, según los criterios más específicos determinados por el NRCS en consulta con el USFWS (20).

Para el cálculo de la *compensación* a percibir por la propiedad privada a la hora de establecer estas servidumbres, tanto en el caso de que sea

(19) Véase Western Governors Association. «*Conserving the greater sage grouse: compilation of efforts underway on state, tribal, provincial, and private lands*». Western Governors Association and U.S. Department of Agriculture, Natural Resources Conservation Service. 2004.

(20) Véase DALEY, S., COBB, D., BROMLEY, P., SORENSON, C. «*Landowner attitudes regarding wildlife management on private lands in North Carolina*». Wildlife Society Bulletin 32. 2004.

establecida por 30 años o de manera permanente, hay que tener en cuenta el valor justo del precio de mercado de la tierra de acuerdo con las normas uniformes de la evaluación profesional o un análisis de mercado de toda la zona. Son aplicables al área geográfica de que se trate límites concretos de la cantidad a percibir para todas las servidumbres. El NRCS paga todos los costes asociados con la creación de la servidumbre hasta la inscripción en los registros locales, incluyendo los honorarios de su inscripción, los costes por la realización de resúmenes, las encuestas, proceso de participación pública y el procedimiento ante las comisiones de estudio (21).

Por lo que se refiere a la cuantía de las ayudas, en las Servidumbres Permanentes: el NRCS paga el 100% del valor de la servidumbre y hasta el 100% de los costes de restauración; en las servidumbres de 30 años de duración, el NRCS paga el 75% del valor de la servidumbre y hasta el 75% de los costes de restauración; en la restauración mediante el acuerdo de un costo compartido, el NRCS paga el 75% de los costes de restauración, incluido el mantenimiento; y en los Programas de mejora de creación de reservas en humedales los porcentajes varían según la importancia de la ubicación geográfica.

Si el valor de la servidumbre permanente o de 30 años es igual o inferior a 500.000 euros, el pago se hace en una sola entrega o en hasta 30 pagos anuales según la solicitud efectuada por el participante. Si el valor de la servidumbre permanente o de 30 años de duración es de más de 500.000 euros las entregas están sujetas a un mínimo de 5 y máximo de 30 pagos anuales.

El importe total de los pagos anuales que un propietario o una ONG recibe por el desarrollo de un proyecto de restauración no puede exceder los 50.000 euros anuales por participante o por proyecto. Si una persona tiene múltiples proyectos o propiedades inscritas en un WRP, el máximo es de 50.000 euros para todos los proyectos combinados en un solo año.

Los participantes pueden recibir fondos de otros programas de conservación del USDA, siendo en general compatibles con esas ayudas. Las actividades financiadas deben cumplir con lo dispuesto en el contrato establecido y el WRP, junto con los fondos del USDA, no puede superar el 100% del costo total real de la restauración. Si lo hacen, el NRCS reducirá los pagos de manera proporcional (22).

(21) Véase Federal Consulting Group. American customer satisfaction index. «*Natural Resources Conservation Service Wildlife Habitat Incentives Program (WHIP)*», Final report. Washington, D.C. USA. 2004.

(22) Véase Wildlife Management Institute. «*Planting the seeds for conservation in America: the Farm Bill Conservation programs'needs and successes*». Washington, D.C. USA. 2002.

Los Estados pueden dar mayor prioridad a determinadas regiones geográficas donde la restauración ayudará a conseguir los objetivos regionales (23). El NRCS debe dar prioridad al desarrollo de proyectos duraderos sobre los de a corto plazo. También se debe dar mayor prioridad a aquellos proyectos que (24): proporcionan un mayor valor para la conservación; aprovechan los fondos federales con financiación adicional por contribuciones del propietario u otras terceras partes; logran de mejor manera el propósito del programa; o atienden a que se encuentren bajo determinadas amenazas, tanto en las fincas agrícolas como las no agrícolas, tales como el desarrollo urbanístico de tipo especulativo de terrenos cercanos a las zonas protegidas.

A cambio de los pagos de las subvenciones por establecer la servidumbre, los propietarios han de estar de acuerdo en limitar el uso de la tierra a ciertas actividades económicas como la caza, la pesca y el uso recreativo. Además, no se pueden colocar estructuras en la servidumbre que generen impactos en las funciones ecológicas de los humedales y sus valores. Existen determinadas actividades de gestión vinculadas al pastoreo y la extracción de madera, junto con otros usos. Éstas pueden ser autorizadas por el NRCS si se consideran compatibles con los valores de los humedales (25).

5. Programas de Restauración y Mejora de la Tierra (Recovery Land Program –RLP). Programa de Incentivos para la Vida Silvestre (Habitat Incentives Program Wildlife –HIPW)

El Programa de Incentivos para la Vida Silvestre (WHIP) es el único programa de la Ley dedicado exclusivamente a la recuperación del hábitat de los peces y resto de la fauna silvestre. El programa proporciona asistencia financiera y técnica para ayudar a los participantes a desarrollar y mejorar el hábitat de las poblaciones de fauna silvestre de importancia nacional, regional y local.

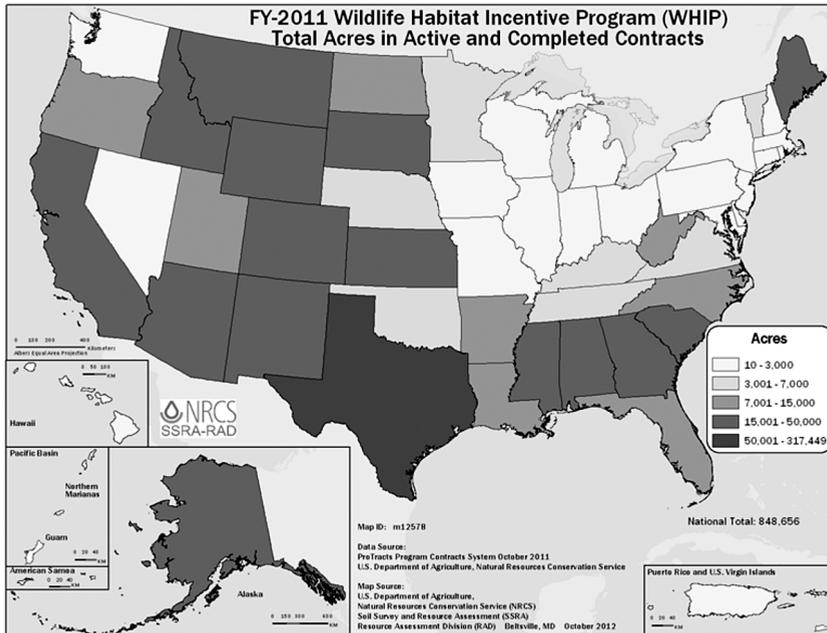
Este tipo de contratos WHIP generalmente duran de 1 a 10 años. Hasta la fecha, el programa ha conseguido que más de 4 millones de hectáreas de hábitat de vida silvestre puedan dedicarse a este fin a través de más de 25.000 contratos. La Ley de Agricultura autorizó 85 millones de euros por año para este tipo de programas WHIP (26).

(23) Ibid.

(24) Véase PIMENTEL, D., MCNAIR, S., JANECKA, J., WIGHTMAN, J., SIMMONDS, C. «Economic and environmental threats of alien plant, animal, and microbe invasions. Agriculture», Ecosystems and Environment 84.

(25) Véase CASEY, F., BOODY, F., COX, C. Background paper: Session 1^a– Farm Bill incentive Programs. Habitat Conservation Incentives Workshop. 2004. Washington D.C. http://www.biodiversitypartners.org/incentives/workshop/background_papers.pdf. Revisado a diciembre 2012.

(26) Véase WELDON, A. Op. Cit.



Superficie de territorio que se ha visto beneficiada por la aplicación del WHIP en el año 2011. Cortesía del *Natural Resources Conservation Service*. United States, Department of Agriculture. Mayo 2014.

III. ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICAS POR RESOLVER, A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. NUESTRA PROPUESTA: LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONTRATO TERRITORIAL

1. Precedentes del *Farm bill* en España

A la vista del diseño jurídico del *Farm bill* estadounidense, puede afirmarse que los ordenamientos jurídicos europeos deben resolver problemas jurídicos relevantes que tienen que ver con las limitaciones al derecho de propiedad y con el destino de las plusvalías que genera la restauración, concebida como una acción de custodia del territorio. A partir de este momento, se hace necesario un cambio de paradigma, el cual ya hemos visto que desde hace años está teniendo acogida y desarrollo, con diversos matices, en otros lugares del mundo.

La toma de conciencia de los beneficios de todo tipo derivados de la biodiversidad, la creciente voluntad privada de pago por biodiversidad y la

incapacidad financiera de los poderes públicos para la restauración de parajes contaminados exige estudios que avalen esta tendencia corresponsabilizadora de la sociedad: los ciudadanos prefieren contribuir a un fondo de la biodiversidad frente a instrumentos clásicos que, no obstante, es preciso mantener, como las fianzas y garantías de restauración derivadas de la Ley de responsabilidad ambiental, como los impuestos ambientales que desincentiven el consumo de suelo para ciertos fines o las modificaciones de uso de suelos. En efecto, la emergencia de mecanismos financieros innovadores para la conservación de la Biodiversidad al servicio de los poderes públicos recomienda estudiar sus ventajas, inconvenientes, y los conflictos con las clásicas instituciones de derecho público (administrativo y fiscal) con las que va a ser necesario compatibilizar dichos instrumentos. Son muchos los obstáculos de índole jurídica y ambiental que deben vencerse a la hora de desarrollar normativamente estos instrumentos. ¿Se aplican en relación con todos los elementos del medio ambiente?, ¿debemos distinguir su diseño en función del carácter demanial o no de los bienes?, ¿deben aplicarse en espacios naturales protegidos? ¿son compatibles con los instrumentos planificadores vigentes y que se encuentran en elaboración?

Conscientes de que la generalización de los instrumentos privados de gestión de la biodiversidad natural o restaurada como resultado de un proceso de recuperación de los daños históricos entraña ciertos peligros, como la privatización de las políticas públicas como caldo de cultivo de la corrupción, lo cierto es que es necesario explorar las ventajas de estos instrumentos respecto de la conservación pasiva, partiendo de la máxima de que conservar es desarrollar. Deben analizarse, asimismo, los límites a que debe someterse el desarrollo de estas herramientas de gestión para garantizar el cumplimiento del Derecho ambiental y la indemnidad de los derechos.

Estudios recientes en el campo de la economía ambiental sostienen que si «quien contamina paga», «quien conserva debe cobrar», pero ¿ello sólo debe ser así cuando se trate de una conservación proactiva, por encima de las obligaciones que derivan del Derecho ambiental?. Como es sabido, la incapacidad de los sistemas financieros para asignar un valor monetario a los valores ambientales y para repartir equitativamente los costes y beneficios entre quienes los deterioran y quienes los conservan está en el origen de los daños a la biodiversidad, tanto aquellos antijurídicos como a los que los ordenamientos consideran como daños asumidos como riesgos del desarrollo y conformes a Derecho

Téngase en cuenta, además, que la participación de las entidades de custodia del territorio en proyectos de restauración y revitalización de espacios degradados supone la aplicación del Convenio de Aarhus y de la Ley 27/2006 de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información,

participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Asimismo, la custodia del territorio se encuentra, a día de hoy, contemplada expresamente por en la Ley 42/2007 (art. 71). Asimismo, la Ley 45/2007, de desarrollo rural el Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural resultan de aplicación a suelos degradados.

La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (en adelante LPNB) establece el régimen jurídico básico de la conservación, usos sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad española, como parte del deber de conservar y del objetivo de garantizar los derechos de las personas a un medio ambiente adecuado para su bienestar, salud y desarrollo (27).

A pesar de su limitado alcance y a su prácticamente nula implantación, el contrato territorial contemplado por el aludido Real Decreto 1336/2011 puede servir para el desarrollo de un sistema similar al *Farm bill* estadounidense.

En Europa, el precedente normativo en lo que a contratos territoriales respecta proviene del ordenamiento francés, el cual acuñó este término en la Ley de Orientación Agrícola francesa de 9 de julio de 1999, la cual pretendía sentar las bases de la política rural agraria e intentando fijar una distribución justa de las ayudas públicas. Los primeros pasos en su constitución se llevaron a cabo a partir de la denominada entidad de custodia, la cual carece de reconocimiento jurídico propio (normalmente estas entidades no lucrativas son ONGs, asociaciones, fundaciones... aunque también puedan serlo AAPP). En un principio se le denominó *contrato territorial de explotación* (*contrat territorial d'exploitation*) y más tarde fue sustituido por el *contrato de agricultura sostenible* (*contrats d'agriculture durable*). La política rural francesa a lo largo de la historia se ha visto marcada por las demandas sociales hacia una agricultura cuyos productos fueran de calidad y moderna para favorecer el mercado agrícola francés.

Este modelo francés le daba una gran importancia a la multifuncionalidad del medio rural, considerándolo pilar indispensable de la política agraria francesa (28). El modelo francés establecía que el proyecto económico global debía garantizar un desarrollo equilibrado y medioambiental en un mismo instrumento jurídico. Así, apareció el contrato territorial como «*un instrumento*

(27) Según el art. 45 CE: 1. *Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.* 2. *Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.*

(28) El concepto de multifuncionalidad ha sido tratado como indispensable en toda la política agraria Europea desde que surgió en el Consejo de la UE en 1999.

convencional a través del cual se realiza una negociación entre el agricultor y la Administración en referencia a las obligaciones recíprocas que forman el contenido del contrato, de manera que el contrato territorial de explotación expresa el acuerdo entre la sociedad y los agricultores tan deseado por la Política Agraria Común» (29).

Uno de los objetivos perseguidos por el contrato territorial francés era, de algún modo, mentalizar a los agricultores de que existía la posibilidad de una intervención pública en la agricultura para que las ayudas públicas, además de ir dirigidas a la producción, generasen servicios ambientales o, lo que es lo mismo, externalidades positivas. Pretendían incentivar a los agricultores al desarrollo de estrategias productivas que alcanzaran, en la medida de lo posible, un proyecto económico y agrícola global.

El listado de medidas, no obstante, era muy extenso, por ejemplo, la utilización racional de fertilizantes, pesticidas, herbicidas; limpieza de acequias para evitar inundaciones; nuevas prácticas agrícolas y ganaderas (mejorando el bienestar y salubridad de los animales); el cuidado del espacio forestal y los caminos rurales; etc.

Con respecto al resultado de su aplicación, ya desde un principio generó muchas críticas y controversias, lo que le restó mucha eficacia.

Por otro lado, otros países como Italia introdujeron figuras semejantes a la del contrato territorial (*convenzioni*). En este caso, la regulación era más flexible y los convenios que se proponían no se veían reducidos a un único instrumento, sino que se podían poner en práctica todos los pactos y acuerdos que el Derecho administrativo italiano permitía. El éxito de estos convenios no está claro, y se considera que se convirtieron en un mecanismo para recibir subvenciones caso a caso. En cuanto a España el modelo francés fue incorporado por algunas CCAA de modo previo a su previsión por parte de la normativa estatal (30). Así, Cataluña fue la primera CCAA que incorporó esta figura en la Ley 18/2001 de 31 de diciembre, de Orientación Agraria de Cataluña, denominándola «contrato global de explotación (31).

(29) Cita Vid. M. T. CANTÓ LÓPEZ. Ordenación ambiental... (ob cit., p. 239).

(30) Fuente:<http://www.revistaambienta.es/WebAmbienta/marm/Dinamicas/secciones/articulos/Contrato.htm>.

(31) Cataluña y Galicia fueron las dos primeras CCAA en incorporar el contrato agrícola a sus ordenamientos. Por otra parte, la Comunidad Foral de Navarra fue la primera en contemplar en su ordenamiento autonómico este tipo de contrato administrativo. Las Comunidades Autónomas que efectivamente han previsto el contrato de explotación territorial en sus Programas de Desarrollo Rural son seis: Asturias, Baleares, Cantabria, Cataluña, Galicia y País Vasco. De ellas, sólo Asturias y Cantabria lo denominan «contrato territorial de explotación». En este sentido, las Islas Baleares lo llaman «Contrato Agrario de Reserva de la Biosfera» (CARB), Cataluña lo nombra como «Contrato Global de Explotación» (CGE), Galicia lo designa

La Ley española 45/2007 de Desarrollo Rural Sostenible, en su artículo 16.2 dispone que el contrato territorial es el instrumento que establece el conjunto de compromisos a suscribir entre las Administraciones Públicas y los titulares de las explotaciones agrarias que orienten e incentiven su actividad en beneficio de un desarrollo sostenible del medio rural. Señala además que la suscripción de estos contratos será requisito necesario para beneficiarse de las prioridades señaladas en el Apartado 1 del artículo 16 (32), y sus determinaciones se ajustarán a las Directrices Estratégicas Territoriales de Ordenación Rural. Los contratos territoriales se conciben, pues, como un instrumento de apoyo a las políticas de desarrollo rural sostenible y se encuentran dirigidos hacia la multifuncionalidad y la generación de externalidades positivas. Actúan como marco mediante el cual los titulares de las explotaciones agrarias desarrollan un modelo de actividad agraria cuyas externalidades sean positivas en lo que al medio rural respecta. De esta manera, las Administraciones Públicas competentes compensarán, incentivarán y retribuirán como reconocimiento por los servicios y prestaciones de carácter público que generan las explotaciones agrarias más allá de la retribución derivada de la venta en el mercado de sus productos.

Por otra parte, el Real Decreto 752/2010, de 4 de junio, por el que se aprueba el primer programa de desarrollo rural sostenible para el período 2010-2014, también incluye la aplicación de los contratos territoriales de zona rural dentro de la tipología de acciones que las CCAA pueden incluir en sus planes de zona rural.

2. El contrato territorial regulado por el Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre

El contrato territorial, como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural ha sido objeto de desarrollo mediante Real Decreto

como «Contrato de Explotación Sostenible» (CES) y el País Vasco los denomina «Contratos Agroambientales de Explotación y Planes de Gestión Forestal Sostenible». Es importante señalar que las dos Comunidades con mayor experiencia en su implementación son las Islas Baleares y Cataluña, ya que fueron las dos primeras en adoptarlos como herramienta de gobernanza territorial, en el año 2005. Fueron pioneras, incluso, con respecto a la programación europea que los estableció para el período 2007-2013.

(32) a) La prestación de una atención preferente a los profesionales de la agricultura, y de ellos prioritariamente a los que sean titulares de una explotación territorial. Esta preferencia se aplicará, en particular, en la asignación de derechos de producción o de pago único de la reserva nacional o derivados de otros fondos o normas comunitarias o nacionales, y en la percepción de incentivos para la reestructuración sectorial de la Política Agraria Común. b) La aplicación de las medidas de los reglamentos comunitarios relativos a la ayuda al desarrollo rural, con carácter prioritario, a los profesionales de la agricultura titulares de explotaciones territoriales.

1336/2011, de 3 de octubre. Esta norma reglamentaria fue aprobada ante la necesidad de un marco de regulación para la figura del contrato territorial, donde éste se conciba como auténtica medida o instrumento de política económica general para el medio rural español. La norma establece sus finalidades, contenidos, condiciones y efectos principales, respetando su aplicación voluntaria por las Comunidades Autónomas. Tal y como establece su art. 2.2, el contrato territorial es además de un compromiso formal entre una Administración Pública y el titular de una explotación, un instrumento de carácter voluntario, tanto para las comunidades autónomas que opten por ponerlos en práctica, como para los titulares de las explotaciones agrarias.

La finalidad del contrato territorial consiste en orientar la actividad de las explotaciones agrarias hacia la generación de externalidades positivas que contribuyan al desarrollo sostenible del medio rural. Las «externalidades positivas» son entendidas como aquellos efectos derivados de la actividad que se realiza en una explotación agraria que repercuten favorablemente sobre bienes o fines de carácter público, al margen del interés o beneficio que puedan suponer para la propia explotación, contribuyendo a mejorar de forma significativa los aspectos económico, social o ambiental que describen la sostenibilidad del territorio.

Entre las finalidades previstas que contempla se encuentran: Evitar la despoblación del medio rural; Implantar una actividad agraria multifuncional que contribuya, con interés estratégico para el territorio, a la vertebración y reforzamiento de la cadena de producción, transformación y comercialización de bienes o servicios, pudiendo repercutir asimismo en la mejora de la calidad, la consolidación de mercados locales, la formación, la reducción de insumos, o la mejora en la gestión de los residuos, subproductos y emisiones; Crear y conservar el empleo en el medio rural, reduciendo su temporalidad, y fomentando su calidad y seguridad, la igualdad en el empleo, la conciliación de la vida laboral y familiar, la fijación al territorio de mujeres y jóvenes, y la integración en la vida laboral de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión; Mantener sistemas agrarios tradicionales de alto valor natural o cultural que en la coyuntura actual tienden al abandono; Conservar y restaurar la calidad ambiental, el suelo, el agua, el patrimonio natural y la biodiversidad autóctona silvestre, la diversidad genética agraria de base territorial, el paisaje rural y el patrimonio cultural; Contribuir a la consecución de los objetivos de conservación de los espacios de la Red Natura 2000 u otros espacios o áreas protegidas; Contribuir a la consecución de objetivos específicos de desarrollo rural sostenible expresamente contemplados en los Planes de Zona Rural que desarrollan el Programa de Desarrollo Rural Sostenible, o en las Directrices Estratégicas Territoriales de Ordenación Rural; Propiciar el reconocimiento por la sociedad de las externalidades positivas generadas por las actividades agrarias.

El Real Decreto 1336/2011, establece con respecto a los tipos de contrato (art. 4) territoriales, que podrán ser de carácter individual o establecerse por tipos homogéneos. Aquellos de carácter individual se establecerán como tales cuando sus finalidades específicas y los compromisos y contraprestaciones aplicables se determinen caso por caso según la situación y potencialidades de cada explotación; mientras que aquellos establecidos por tipos homogéneos lo harán así cuando persigan unas mismas finalidades específicas, estén dirigidos a explotaciones agrarias que compartan la misma tipología, zona rural u otras circunstancias, o tengan la misma financiación o normativa específica de regulación. Los contratos de un mismo tipo tendrán contenidos comunes, sin perjuicio de que cada uno pueda incorporar los elementos precisos de ajuste a la situación y potencialidades propias de cada explotación.

Con respecto al contenido de los contratos territoriales, las CCAA deberán considerar como mínimo los siguientes elementos: su código autonómico de registro, con identificación en su caso del tipo de contrato territorial, la Administración suscriptora, la identificación del titular o titulares beneficiarios; la identificación territorial, incluida la referencia catastral, de la totalidad o de la parte de la explotación acogida, su superficie, total y por usos del suelo según clasificación compatible con SIOSE (Sistema de información de ocupación del suelo en España) y Eurostat, las finalidades específicas del contrato, su duración, los compromisos a cumplir en la explotación agraria por el beneficiario, las contraprestaciones que la Administración suscriptora se compromete a otorgar al beneficiario, las líneas de financiación y en su caso la norma o normas reguladoras del contrato, las modalidades de control, seguimiento y evaluación, y la minoración o pérdida de las contraprestaciones en función del grado de incumplimiento de los compromisos, las incompatibilidades, el régimen de prórrogas, modificaciones, subrogaciones, resolución y extinción, y el régimen jurídico del contrato, y cuando proceda la jurisdicción o arbitraje al que en caso de conflicto se someten las partes.

Para aplicar los contratos territoriales, las CCAA deberán aprobar las correspondientes bases o normas reguladoras; dichas bases serán publicadas en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma y contendrán como mínimo: *Las finalidades perseguidas; El ámbito territorial y tipo de explotaciones agrarias; Requisitos que deben reunir los beneficiarios; Los criterios objetivos y el procedimiento para la selección de los beneficiarios; La naturaleza de los compromisos a adoptar por el titular de la explotación; La naturaleza de las contraprestaciones (33) a otorgar al beneficiario; El sistema de verificación y*

(33) R.D. 1336/2011 regulador del contrato territorial, Art. 8.3 Cuando las contraprestaciones incluidas en los contratos tengan la naturaleza de una subvención, las bases reguladoras también incorporarán los elementos requeridos por la normativa estatal básica para dicha materia.

control del cumplimiento de los compromisos así como el régimen aplicable en caso de incumplimiento; Régimen de incompatibilidades; Régimen de prórrogas, modificación, subrogación, resolución y extinción de los contratos.

La duración del contrato territorial deberá ser apropiada a la consecución de las finalidades específicas que en cada caso tenga establecidos (art. 6). Así, así podrá llevarse a cabo en un amplio período de vigencia, cuando se requiera la adopción de compromisos plurianuales a medio o largo plazo.

Por otra parte, aquellos contratos territoriales que se suscriban afectando en todo o en parte a espacios de la Red Natura 2000 u otras áreas protegidas, contendrán compromisos conformes con su instrumento de gestión y apropiados al logro de los objetivos de conservación que dichos espacios tengan establecidos (art. 6.5).

En cuanto a los beneficiarios del contrato por su suscripción, las CCAA determinarán en sus bases o normas reguladoras de los contratos territoriales los regímenes de prioridad para su suscripción en función del tipo de beneficiario. Para la determinación de dichas prioridades, las comunidades autónomas tendrán en cuenta al menos a: Los titulares de explotaciones prioritarias de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias y a las personas con la condición de agricultor profesional definida en la Ley 19/1995, de 4 de julio, y las personas con la condición de profesional de la agricultura definidos en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, particularmente cuando resulte titulares de explotaciones territoriales definidas en el artículo 16 apartados 3 y 4 de tal Ley (34) o bien de explotaciones calificadas y registradas como ecológicas o de explotaciones incluidas en espacios de la Red Natura 2000. En estos dos últimos casos, el nivel de prioridad (art. 7.2) se graduará en función de la parte de la explotación objeto del contrato que está efectivamente calificada como «ecológica», o que esté efectivamente incluida en espacios de la Red Natura 2000. También se tendrán en cuenta las mujeres y las personas titulares o cotitulares que tengan la condición de jóvenes agricultores según la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias.

Por lo que se refiere al contenido, el contrato territorial, deberá reflejar los compromisos a cumplir por el beneficiario, expresados de forma concreta

(34) Según el art. 16.3 de la Ley 45/2007, *se entenderá por profesional de la agricultura la persona física titular de una explotación agrícola, ganadera o forestal, que requiera un volumen de empleo de al menos una Unidad de Trabajo Anual y que obtenga al menos el 25 por ciento de su renta de actividades agrarias. Asimismo, se considerará explotación territorial la explotación agrícola, ganadera o forestal que posea una dimensión económica inferior a 40 Unidades de Dimensión Económica europea cuando la titularidad corresponda a una persona física, y se encuentre localizada en una zona rural prioritaria o en una zona calificada como de agricultura de montaña.*

en sus aspectos cualitativos y cuantitativos (art. 6.4). La suscripción del contrato, así como el cumplimiento de los compromisos que en él se establezcan, dará derecho al beneficiario a percibir las contraprestaciones determinadas en el mismo así como a beneficiarse de las preferencias y prioridades que legalmente le sean aplicables (art. 6.6). Estas contraprestaciones que la Administración se comprometa a otorgar deberán ser adecuadas para compensar los efectos negativos sobre la economía de la explotación que se deriven del cumplimiento de los compromisos adoptados (art. 6.7) pudiendo añadir, a criterio de la Administración *un incentivo para estimular la implantación de los contratos en el territorio; Un diferencial en dicho incentivo en función de la priorización por tipos de beneficiario; Una componente para la remuneración de las externalidades positivas generadas.*

Las contraprestaciones podrán ser de naturaleza económica, en especie mediante el beneficio de la explotación de inversiones materiales o inmateriales, entrega de bienes, prestación de servicios o asistencia técnica, a criterio de la Administración competente, así como exenciones y bonificaciones fiscales, o cualquier otro tipo de beneficio o prioridad que esté legalmente establecido al efecto (art. 6.8).

3. Conclusión

A la vista de la escueta regulación del contrato territorial efectuada por el Real Decreto de referencia, puede afirmarse que, a pesar de requerir importantes desarrollos, se trata de un instrumento que puede ofrecer importantes ventajas y supone un cambio de enfoque en la política de protección del medio ambiente.

Si bien está previsto, en principio, para explotaciones agrarias, como ya hemos apuntado, la finalidad del contrato puede consistir en la restauración del suelo degradado. En cambio, la limitación derivada del ámbito subjetivo del contrato, tal y como lo regula el Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, dificultará su aplicación en algunos casos. En este sentido, nuestra propuesta se concreta en el desarrollo de este instrumento, el contrato territorial, para admitir su aplicación a otros supuestos y a otros sujetos en los que no concurren los requisitos a que subordina la norma la posibilidad de suscripción. Ello permitiría utilizarlo para el desarrollo de una restauración de suelos contaminados y no sólo degradados por una agricultura no sostenible desde el punto de vista ambiental. Así, la implicación de los propietarios de los suelos contaminados en la restauración y el mantenimiento de usos sostenibles del suelo descontaminado constituiría un gran avance en este ámbito, en el que las leyes de responsabilidad ambiental y de suelos contaminados no nos ofrecen una respuesta satisfactoria. El *Farm bill* estadounidense podría servir de modelo para el diseño e implementación de este nuevo enfoque.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CARREÑO, S. M. y HERNÁNDEZ LÓPEZ, S. M., «La custodia del territorio como instrumento complementario para la protección de espacios naturales», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 2, Núm 1, 2011, 22 pp.
- ARROYO YANES, L. M., «El desarrollo sostenible del medio rural: los contratos territoriales de explotación agraria», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Nº. 4, 2008, pp. 213-231.
- BARREIRA LÓPEZ, A. (dir.), Myriam RODRÍGUEZ-GUERRA, M. (aut.), BRUFAO CUIREL, P. (aut.), Estudio jurídico sobre la custodia del territorio, Fundación Biodiversidad, 2010.
- BARSTOW, C. «*The Eco-Foods Guide: What's Good for the Earth is Good for You*». 2002. New Society Publishers.
- BASORA ROCA, X.; SABATÉ i ROTÉS, X.; «Custodia del territorio en la práctica. Manual de introducción a una nueva estrategia participativa de conservación de la naturaleza y el paisaje», *Fundació Territori i Paisatge, Obra Social Caixa Catalunya, Xarxa de Custòdia del Territori*, 2006, p. 10. http://custodiaterritori.org/mm/xct_castella_web.pdf.
- BEECH, J.; CAMPS, M.; CANALS, P.; VALIENTE, J.; «Cultivando sinergias. Revalorización agraria en el prelitoral mediterráneo», *Manuales de Desarrollo Sostenible, 11. Recuperación de una Reserva Biológica*, Fundación Banco Santander, GOB, 2011, p. 56.
- BLANCO TORRES, R.; ORIHUELA ORELLANA, M.; «La custodia del territorio en Andalucía, manual de ayuda», Fundación Andanatura, Sevilla, p. 27. http://www.gizartenatura.org/Custodia/Archivos/Documentos/Secciones/29_es-ES-La%20Custodia%20del%20Territorio%20en%20Andaluc%C3%ADa.%20manual%20practico.pdf.
- BOZA, S.; «Incidencia de las políticas públicas en la evolución del sector agrícola-ecológico: el caso de Andalucía, España», *Cuadernos de Desarrollo Rural*, 10 (72), 2013, p. 304.
- CANTÓ LÓPEZ, M. T., «La protección voluntaria del ambiente agrario: de la subvención al contrato territorial de explotación», en *La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales: un reto para la protección efectiva del medio natural*, Argullol i Murgadas, E. (coord.), 2004, pp. 409-425.
- CARRERA, S.; PIETX, J.; «Custodia del territorio: empresa, sociedad y biodiversidad», *ECOSOSTENIBLE*, CISS grupo Wolters Kluwer, núm. 49, Madrid, marzo 2009, p. 20.

- CASEY, F., BOODY, F., COX, C. Background paper: Session 1^o-Farm Bill incentive Programs. Habitat Conservation Incentives Workshop. 2004. Washington D.C. http://www.biodiversitypartners.org/incentives/workshop/background_papers.pdf, revisado a diciembre 2012.
- CASTELLANO JIMÉNEZ, E.; LOZANO CUTANDA, B.; MARTÍNEZ DE ANGUIA D'HUART, P.; «Montes, servicios ambientales y mecanismos de mercado, Congreso Nacional del Medio Ambiente», CONAMA10, Madrid, noviembre 2010.
- CENTENERA, S.; SÁNCHEZ, A.; «Custodia del territorio: una apuesta de futuro», Fundación Amigos Águila Imperial Lince Ibérico y Espacios Naturales Privados, Ministerios de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, pp. 43-44. , <http://www.isonor.es/aguilaimperial/Custodia-del-Territorio.pdf>.
- CORDÓN, M.; SÁNCHEZ, A.; «04. Información sobre los acuerdos de custodia», *Informe del 2º Inventario de iniciativas de custodia del territorio del Estado español*, Plataforma de Custodia del Territorio, Fundación Biodiversidad, 2010, pp. 17-23. http://www.custodia-territorio.es/sites/default/files/Informe%20Inventario%20PCT%20FINA_LogoFEADER.pdf.
- COUGHLIN, E., KEENE, C. «*The Protection of Farmland: A Referencie Guidebook for State and Local Goverments*». Washington, D.C.: National Agricultural Lands Study, 1981.
- DALEY, S., COBB, D., BROMLEY, P., SORENSON, C. «*Landowner attitudes regarding wildlife management on private lands in North Carolina*», *Wildlife Society Bulletin* 32, 2004.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, V. M., «Custodia del territorio y otras medidas de fomento», *Noticias de la Unión Europea*, N° 307, 2010 (Ejemplar dedicado a: Patrimonio natural y biodiversidad), pp. 99-107.
- FECT, «Prospectiva de futuro de la custodia del territorio en el contexto de la gobernanza territorial». En TRAGSA (Coord.). Estudio diagnóstico sobre la gobernanza territorial en el medio rural, 2011, pp. 22-23. http://www.xct.cat/mm/file/cdr/FRECT_Estudio_Prospectiva_CdT_2011.pdf.
- GAVILÁN, L.P.; GRAU, J.; OBERHUBER, T.; «Valoración económica de la Biodiversidad, oportunidades y riesgos», *Ecologistas en Acción*, Madrid, diciembre 2011, p. 17. http://www.ecologistasenaccion.es/IMG/pdf/cuaderno_conclusiones.pdf.
- HADDAD, N., ROSENBERG, D. «*On experimentation and the study of corridors*». *Conservation Biology* 14, 2006.
- HAUFLER, J.B. «*Fish and wildlife benefits of Farm Bill conservation programs: 2000-2005*». 2005. The Wildlife Society Technical.
- IBORRA VALLE, C., «El acceso al registro de la Propiedad de los contratos sobre la custodia del territorio», *La notaria*, N°. 35-36, 1, 2006, pp. 93-102.

- IMHOFF, D. «*Farming with the Wild: Enhancing Biodiversity on Farms and Ranches*». The Wild Farm Alliance, P.O. Box 2570, Watsonville, CA 95077 (831). 2008, www.wildfarmalliance.org.
- JIMÉNEZ HERRERO, L. M.; «Crisis y medio ambiente: ¿Oportunidad o retroceso?», *Ambienta*, Secretaría General Técnica Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, núm. 101, diciembre 2012, pp. 46-47.
- MANUEL MONTESDEOCA DE LA FUENTE, M., «La custodia del territorio como estrategia de protección del medio ambiente», *Actualidad Jurídica Ambiental*, N.º. 1 (enero), 2014, pp. 1-22.
- MONTESDEOCA DE LA FUENTE, M.; «La custodia del territorio como estrategia de protección del medio ambiente», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 27 de enero de 2014 Vid. Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación y art. 22 de la Constitución Española de 1978.
- MUÑOZ AMOR, M. M. «La custodia del territorio como paradigma de la administración concertada», *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, N.º. 108, 2011, pp. 50-63.
- NOOAN, P. «*Conservation for a Sustainable Agriculture*». The First 10 Years (Washington, D.C.: American Farmland Trust, 1996.
- PAREJO NAVAJAS, T.; *et al.*; «IV. 2. La custodia del aquitorio: participación ciudadana en la ordenación física de usos sobre los espacios marinos», en NAVARRO ORTEGA, A. (Coord.); *La ordenación jurídica del medio marino en España. Estudios sobre la Ley 41/2010, de protección del medio marino*, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Navarra, 2012, p. 665.
- PÉREZ RODRÍGUEZ, R., y RODRÍGUEZ, V., «A custodia do territorio en Galiza: situación e perspectivas», *Cerna: Revista galega de ecoloxía e medio ambiente*, N.º. 66, 2012, pp. 20-21.
- PIETX I COLOM, J., «Custodia del territorio: una nueva vía de acuerdo entre la sociedad y la propiedad privada para una conservación efectiva del territorio», en *La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales: un reto para la protección efectiva del medio natural*, ARGULLO I MURGADAS, E. (coord.), 2004, pp. 457-463.
- PIETX I COLOM, J., «La custodia del territorio en Cataluña», *Medi ambient: Tecnologia i cultura*, N.º 42, 2008 (Ejemplar dedicado a: Gestió i conservació de la natura), p. 4.
- PIETX I COLOM, J.; *et al.*; «Estado de la conservación privada en Cataluña y España: la custodia del territorio», en CHACÓN C. M. (ed.); *Voluntad de conservar. Experiencias seleccionadas de conservación por la sociedad civil en Iberoamérica*, The Nature Conservancy, Fundación Biodiversidad, 2008, p. 92. http://www.cedaf.org.do/Eventos/LandTrust/Voluntad_Consevar.pdf.

- PIMENTEL, D., MCNAIR, S., JANECKA, J., WIGHTMAN, J., SIMMONDS, C. «*Economic and environmental threats of alien plant, animal, and microbe invasions. Agriculture*», *Ecosystems and Environment* 84.
- RODEGERDTS, E. «*Land Trust and Agricultural Conservation Easements*». *Natural Resources & Environment* 13, nº 1. 1998.
- RUIZ SALGADO, A.; «La custodia del territorio: filosofía y metodología para tejer redes en el territorio», *Intervención en el Día Internacional de las Montañas*, Ministerio de Medio Ambiente, Medio rural y Marino, 12 de diciembre de 2011, p. 7 y ss. <https://docs.google.com/file/d/0B6qWZPWA-dXRODBjZGMxYTYfZTI5YS00MTZiLWFhOGMtNTFkNDdiZTM3ODk5/edit?pli=1>.
- RYAN, M. «*Impact of the Conservation Reserve Program on wildlife conservation in the Midwest*», pp. 45-54. A comprehensive review of Farm Bill contributions to wildlife conservation, 1985-2000. U.S. Department of Agriculture, Forest Service, Technical Report USDA/NRCS/WHMI-2000.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.; «Custodia del territorio. Mecanismos innovadores para la conservación de la naturaleza», *Plataforma de Custodia del Territorio*, Fundación Biodiversidad, Madrid, 21 de febrero de 2013. http://www.comunidadism.es/wp-content/uploads/downloads/2013/02/Presentacion_Custodia-del-territorio.pdf.
- SÁNCHEZ, A., «Un recorrido por la custodia del territorio y su desarrollo en España» en, *Acerca del desarrollo rural perspectivas sobre el medio rural desde la región de Murcia*, CARREÑO SANDOVAL, F., 2008, pp. 275-290.
- SILVESTRI, L. y LAGO CANDEIRA, A. «El contrato territorial en España: Régimen jurídico y grado de implementación», *Geograficando*, Vol. 10, Nº. 1, 2014, pp. 31-44.
- SWANSON, D.A., SCOTT, D., RISLEY, D. «*Wildlife benefits of the Conservation Reserve Program in Ohio*». *Journal of Soil and Water Conservation* 54. 1999.
- VAUGHN, M., SKINNER, M. «*Using Farm Bill Programs for Pollinator Conservation*». Technical Note No. 78. USDA– NRCS/Xerces Society for Invertebrate Conservation. http://plants.usda.gov/pollinators/Using_Farm_Bill_Programs_for_Pollinator_Conservation.pdf. 2008.
- WEBER, W., ROSEBERRY, J., WOOLF, A. «*Influence of the Conservation Reserve Program on landscape structure and potential upland wildlife habitat*». *Wildlife Society Bulletin* 30. 2002.
- WELDON, A. «*Conserving Habitat Through The Federal Farm Bill*». A Guide for Land Trust and Landowners. Defenders of the Wild. 2010.
- ZECKOSKI, R., B. BENHAM, LUNSFORD, C. 2007. «*Streamside livestock exclusion: a tool for increasing farm income and improving water quality*». Virginia Cooperative Extension number 442-766.

CONSIDERACIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO (*)

MIGUEL ÁNGEL TORREALBA SÁNCHEZ

SUMARIO: I. BREVE REFERENCIA AL MARCO CONCEPTUAL DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: 1. La correlación entre pretensión, garantía jurisdiccional y tipo de sentencia. 2. Los diversos tipos de sentencias y sus principales efectos. II. LINEAMIENTOS CONSTITUCIONALES DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN VENEZUELA: 1. El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución cabal de la sentencia como atributo de este. 2. La potestad judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. III. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO: 1. Las bases constitucionales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las potestades del juez contencioso-administrativo. 2. Las deficiencias en cuanto a la correlación entre pretensión, garantía jurisdiccional y tipo de sentencia en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. 3. La regulación específica de la ejecución de la sentencia en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: A) Lineamientos generales. B) La ejecución voluntaria. C) La ejecución forzada: a) Sentencias que condenan al pago de sumas de dinero. b) Sentencias que condenan a prestaciones de dar otros bienes. c) Sentencias que condenan a prestaciones de hacer. d) Sentencias que condenan a prestaciones de no hacer. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Este trabajo analiza el régimen de ejecución de sentencias en el proceso administrativo venezolano.

Palabras clave: ejecución de sentencias; contencioso-administrativo venezolano.

ABSTRACT: This paper analyses the system of enforcement of judgments in Venezuelan contentious-administrative.

Key words: enforcement of judgments; venezuelan contentious-administrative.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 12 de septiembre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 20 de septiembre de 2014.

I. BREVE REFERENCIA AL MARCO CONCEPTUAL DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Hoy en día parece estar a salvo de polémica el que la ejecución de la sentencia forma parte esencial del proceso judicial, al punto que puede afirmarse que esa ejecución o cumplimiento es tan fundamental que, de no lograrse en caso de resultar necesaria, el proceso judicial pierde su última razón de ser (1). Por ello, al margen de la polémica respecto a si la ejecución de la decisión judicial es un nuevo proceso o más bien una fase adicional en el seno del mismo juicio (2), lo cierto es que esta permite la materialización de uno de los principales fines del Derecho adjetivo, como lo es la adecuación de la realidad al marco jurídico aplicable, en el supuesto de que la pretensión prospere y se compruebe el necesario restablecimiento del orden jurídico. Restitución que, de ser el caso, incluso ha de hacerse en contra de la voluntad del perdedoso y contra quien se dirigió la interposición de esa pretensión (3).

De tal suerte que la ejecución cabal del fallo, entiéndase ejecución *in natura* o en especie como regla, esto es, con estricta sujeción a los térmi-

(1) Al respecto, se ha señalado recientemente para el caso del proceso administrativo venezolano: «...se puede afirmar que todo el aparato judicial y todo el proceso judicial existen sólo para que la sentencia sea cumplida, pues en su cumplimiento o ejecución radica la realización de la justicia» (KIRIAKIDIS LONGHI, Jorge: *El contencioso administrativo venezolano a la luz de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. 2ª edición. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2013, p. 204). Cabe precisar tal frase destacando que la ejecución del fallo no es el único fin del proceso, pero es su propósito primordial en la hipótesis de que el primero se dicte y requiera de ejecución.

(2) Véase por ejemplo la clásica obra de COUTURE, Eduardo: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981, pp. 437-477. Al respecto, un sector doctrinario entiende que se trata de un único proceso, al señalar: «Para la ejecución de la sentencia de condena no es necesario por lo general recurrir a un proceso posterior y distinto, sino, por el contrario, se procede a su cumplimiento por el mismo juez de primera o única instancia, sobre el mismo expediente, sea que se trate de la entrega de bienes (...) de pago de sumas de dinero...» (DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad. Tercera edición. Reimpresión. Buenos Aires, 2004, p. 428). Entre tanto, un sector de la doctrina española se refiere al proceso de ejecución como subsiguiente al de declaración (ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho Procesal Civil*. Segunda Edición. Aranzadi Editorial. Elcano, Navarra, 2001, p. 714). Respecto al proceso venezolano, una parte de la doctrina por ejemplo, opta por referirse a fases de cognición y de ejecución, como dos momentos del ejercicio de la función jurisdiccional (MARTÍNEZ RIVIELLO, Fernando: *La sentencia judicial en la teoría general del proceso (con especial referencia al proceso civil venezolano)*. Ediciones Paredes, Caracas, 2011, pp. 56-59).

(3) Y es que: «...ante la falta de cumplimiento voluntario de un determinado fallo judicial procede la imposición forzosa a la parte vencida» (PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1997, p. 76).

nos y modalidades establecidas en el dispositivo de la sentencia (4), y solo excepcional y razonadamente cumplimiento por equivalente (que se traduce en el pago de una cantidad de dinero, a título de lo que se regula en otras legislaciones como una suerte de expropiación especial con justa indemnización respecto al derecho reconocido por el fallo) (5), es un imperativo procesal ineludible que en la actualidad encuentra basamento en las normas constitucionales de todo Estado de Derecho Social y Democrático (6). Por tanto, resulta conveniente plantear entonces de forma panorámica cuál es la situación actual venezolana en materia de ejecución de sentencias en el proceso administrativo.

Para ello, esbozaremos un breve marco conceptual con el propósito de situar el asunto en la temática en general de la ejecución de la sentencia en el ordenamiento venezolano, vinculándolo con los lineamientos constitucionales correspondientes. Luego de ello, abordaremos las bases constitucionales y legales de nuestro contencioso-administrativo, con el fin de finalizar comentando la regulación vigente en materia de ejecución de sentencias en el proceso administrativo, haciendo básicamente un estudio del Derecho Positivo.

Es de hacer notar que el planteamiento que prevalecerá en estas páginas será el teórico, pues el tema de la ejecución de la sentencia en el contencioso-administrativo venezolano hoy en día ha de ser abordado fundamentalmente bajo esa óptica. Ello, habida cuenta de la escasez de desarrollo jurisprudencial del asunto, vista la tendencia de los jueces contencioso-administrativos, comenzando por los que integran la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a favorecer a como dé lugar a la Administración, en detrimento de los derechos y garantías del ciudadano y en palmario incumpli-

(4) Se ha destacado al respecto la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español: «El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos exige también que el fallo se cumpla en sus propios términos, pues solo de esta manera el Derecho al Proceso se hace real y efectivo, y se garantiza el pleno respeto a la paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes» (*Idem*).

(5) Cfr. entre otros: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel: *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1996, pp. 233-234, 323, 355-356, aunque ese autor critica el término expropiación para tal supuesto (*Ibidem*, p. 361).

(6) Así se ha destacado: «No es permisible, como principio general, la sustitución de la condena judicial impuesta por otra forma de cumplimiento, a menos que la parte victoriosa así lo acepte expresamente» [CÁNOVA GONZÁLEZ, Antonio: *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*. Editorial Sherwood. Caracas, 1998, p. 332]. Y es que «...la inexistencia de la facultad de sustituir a la Administración significa ni más ni menos que se le permite comprar su derecho a incumplir las sentencias y a romper las reglas del juego constitucional» (BELTRÁN DE FELIPE, *op. cit.*, p. 258).

miento de sus cometidos constitucionales (7), lo que determina la precariedad, por no decir casi inexistencia, de sentencias condenatorias de importancia contra el Estado.

Expuesta la justificación, el contenido temático y las limitaciones de este trabajo, procede iniciar su desarrollo, partiendo de una muy breve exposición sobre algunos aspectos básicos de la Teoría General del Proceso conectados con la sentencia judicial y su ejecución.

1. La correlación entre pretensión, garantía jurisdiccional y tipo de sentencia

Con la introducción del instituto de la pretensión procesal en el campo de la Teoría General del Proceso se produjo un avance significativo en el

(7) La evidencia de estas afirmaciones se encuentra —entre otras— en las siguientes obras: CÁNOVA GONZÁLEZ, Antonio: *La realidad del contencioso-administrativo venezolano. Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2009; UROSA M., Daniela y José Ignacio Hernández G.: *El estado actual de la Justicia Administrativa en Venezuela*. Colección Estado de Derecho y Justicia. Justicia Administrativa. Serie Primera. Tomo III. Acceso a la Justicia. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Universidad Metropolitana. Caracas, 2012; KIRIAKIDIS, Jorge: *El amparo constitucional contra los entes de la Administración Pública. (Cifras 2007 al primer semestre de 2011) de la Sala Constitucional y de las Cortes Contencioso-administrativas*. En: Crisis de la Función Judicial. Colección Estado de Derecho. Serie Primera. Tomo IX. Acceso a la Justicia. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Universidad Metropolitana. Caracas, 2012, pp. 31-43; TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: *Problemas fundamentales del contencioso-administrativo venezolano en la actualidad*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2013; HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso: *La argumentación jurídica y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso— Administrativa*. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Un balance a los tres años de su vigencia. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2014, pp. 83-107; KIRIAKIDIS L., Jorge C.: *La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a la luz de la jurisprudencia de los últimos años*. II Congreso Venezolano de Derecho Administrativo en homenaje al Maestro Eloy Lares Martínez. Procedimiento administrativo y contencioso-administrativo. Vol. II. Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2014, pp. 103-155; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: «Tres Decálogos de las Desventuras de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y Marta GARCÍA PÉREZ (Coordinadores): *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Iberoamérica*, Colección Derecho Público Iberoamericano, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 493-522, así como: KIRIAKIDIS, Jorge: *El contencioso administrativo del siglo XXI en Venezuela (Teoría sobre las razones que explican la situación actual del contencioso administrativo en nuestro país)*, en XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Constitución, Derecho Administrativo y Proceso: Vigencia, reforma e innovación Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2014, pp. 425-452; CÁNOVA GONZÁLEZ, Antonio y otros: *El TSJ al servicio de la Revolución*, Editorial Galipán, Caracas, 2014, pp. 121-182.

esfuerzo de depuración conceptual de la trilogía de la acción, la jurisdicción y el proceso, sobre todo en el adecuado deslinde entre la acción, como concepto procesal, del derecho sustantivo. La clasificación de las pretensiones (8) sirve, entre otras cosas (9), para relacionar de forma más idónea diversos elementos del Derecho Procesal, como lo son la garantía jurisdiccional y el tipo de sentencia (10). De allí la sustitución de una de las clasificaciones de las sentencias (declarativas, constitutivas y de condena) por la misma clasificación pero de las pretensiones, la cual a su vez determina el tipo de garantía jurisdiccional y la clase de sentencia.

Partimos entonces de la clasificación de las pretensiones en mero-declarativas (en las que se pide el reconocimiento o constatación de la existencia o inexistencia de una situación jurídica, a los fines de despejar una incertidumbre), constitutivas (mediante las cuales se solicita una declaración judicial que determine el surgimiento, modificación o extinción de una situación jurídica), de condena (a través de las que se peticiona que se imponga una orden o condena a prestación) y ejecutivas (destinadas a la materialización de la ejecución de —justamente— un título ejecutivo).

2. Los diversos tipos de sentencias y sus principales efectos

Consecuencia de lo expuesto en el epígrafe anterior, el contenido de la sentencia dependerá del tipo de pretensión que se interponga, en caso por supuesto de que esta prospere. Existirán pues, sentencias declarativas o mero-

(8) Para un análisis general del concepto de pretensión en el Derecho Procesal, consúltese: GUASP DELGADO, Jaime: *La pretensión procesal*. Segunda Edición. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1985, pp. 89-101.

(9) Sobre la importancia de la pretensión procesal en el proceso administrativo, pueden verse entre otros para el caso español, además de los clásicos trabajos de GONZÁLEZ PÉREZ (entre otros: *La pretensión procesal administrativa*. Revista de Administración Pública N° 12. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1952; *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 1985; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Tercera edición. Civitas Ediciones S.L. Madrid, 2001); GARCÍA PÉREZ, Marta: *El objeto del proceso contencioso-administrativo*. Editorial Aranzadi. Navarra, España, 1999, *in totum*; HUERGO LORA, Alejandro: *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2000, pp. 33-33 y 115-147; PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso: *Los efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra, 2000, pp. 29-59.

(10) Cfr. en la doctrina venezolana, entre otros: CUENCA, Humberto: *Derecho Procesal Civil. La competencia y otros temas*. Tomo I. Colección Ciencias Jurídicas y Políticas. Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela. Primera Reimpresión de la Novena Edición. Caracas, 2008, p. 79; MARTÍNEZ RIVIELLO, *op. cit.*, pp. 55-66 y 222-223.

declarativas, constitutivas o de condena (11). Y respecto a las pretensiones ejecutivas, con mayor razón. En tal caso, la sentencia definitiva que declare que la pretensión ha prosperado por resultar procedente, le otorgará firmeza y carácter definitivo al título ejecutivo que le dio sustento y que motivó — ante la hipótesis de que así haya sido— decretar y practicar una medida ejecutiva previa.

Ahora bien, conviene resaltar que, en la práctica del Derecho Procesal, en muchos casos no se interpondrá una sola pretensión, sino que se acumularán varias dependiendo de la necesidad de tutela judicial que requiera el demandante, es decir, del tipo de actividad judicial que se precise para el restablecimiento de la situación jurídica infringida, empleando términos usuales tanto en el contencioso-administrativo español como en el iberoamericano.

Así pues, en variadas hipótesis, para satisfacer su derecho sustancial, el demandante solicitará no solo que se declare la existencia o inexistencia de una situación jurídica, sino conjuntamente se cree, modifique o extinga una previa. Y en otros supuestos, que se le ordene a la contraparte procesal la realización de una determinada prestación favorable a los intereses del titular de la pretensión. En todos estos supuestos, el contenido de la sentencia correlativamente deberá contener los correspondientes mandatos, que de no ser cumplidos voluntariamente por el perdedor, darán lugar a la ejecución del fallo judicial de forma forzada.

Luego de esta sucinta alusión al tema de la ejecución de la sentencias en la teoría general del proceso, ahora veamos la regulación del Derecho Positivo venezolano.

(11) Véase para mayor detalle, en el caso del proceso administrativo venezolano, entre otros: BREWER-CARÍAS, *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993, pp. 200-214; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: *La ejecución de sentencias en el proceso administrativo venezolano*. En: Estudios de Derecho Administrativo. N° 1. Director: Augusto Durán Martínez. La Ley. Montevideo, 2010, pp. 341-344; HERNÁNDEZ G., José Ignacio: *El poder de sustitución del juez contencioso administrativo: contenido y ejecución de la sentencia*. En: El contencioso administrativo hoy. En: Jornadas 10° Aniversario. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2004, pp. 313-314; AYALA CORAO, Carlos: *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*. En: 1° Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan R. Brewer-Carías». Contencioso-administrativo. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 1995, pp. 528-530.

II. LINEAMIENTOS CONSTITUCIONALES DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN VENEZUELA

1. El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución cabal de la sentencia como atributo de este (12)

Como lo ha señalado un destacado administrativista y procesalista (13), la Constitución venezolana de 1999 consagra en una fórmula generosa el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, al disponer en su artículo 26 que:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Este derecho, como apunta la doctrina, comprende múltiples manifestaciones, como lo son el derecho de acceso a la jurisdicción sin más restricciones que las que imponga la Ley sobre la base de criterios de racionalidad y razonabilidad (14); la garantía del debido proceso, que comprende los derechos a un juez natural e imparcial (15), a la asistencia profesional (16), a defenderse, que implica a su vez el derecho a ser oportunamente citado y a hacerse parte (17), a presentar alegatos y a contradecir los argumentos de la contraparte (principio del contradictorio) (18); el derecho a la prueba (presentar y evacuar los medios probatorios tendientes a llevar a la convicción del juez

(12) Seguimos en este epígrafe lo que expusimos en un trabajo previo: *Notas sobre la situación actual de los Derechos Constitucionales Procesales en la Justicia Administrativa Venezolana*. En: La protección de los Derechos Humanos a la luz de la Justicia Administrativa (Coord. T. López Garza, F. Otero Salas, y L. Rodríguez Lozano). Universidad Autónoma de Nuevo León, México. En prensa.

(13) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Civitas Ediciones, S.L. Tercera edición. Madrid, 2001, p. 28. Para el proceso administrativo venezolano, véase, entre otros: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: *Los Derechos Constitucionales Procesales*. En: *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 95-96.

(14) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 61-162.

(15) Cfr. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Los Derechos...*, pp. 105-107.

(16) Véase CAROCCA PÉREZ, Alex: *Garantía Constitucional de la defensa procesal*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1998, pp. 492-540; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Los Derechos...*, p. 104.

(17) Cfr. CAROCCA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 199-264.

(18) Cfr. PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, pp. 97-98.

los hechos que sustentan sus alegaciones fácticas, así como a controlar los presentados por la contraparte) (19); el derecho a la tutela cautelar (20); el derecho a obtener un fallo motivado, fundado en Derecho y que se pronuncie sobre el fondo salvo que la ausencia de requisitos procesales lo impida (21); y el derecho a obtener la ejecución integral *in natura* de ese fallo, a no ser que razones de estricta legalidad o de absoluta imposibilidad material impongan el cumplimiento por equivalente (22).

Por su parte, ese derecho a la tutela judicial efectiva, en consonancia con las diversas manifestaciones de la garantía del debido proceso, ofrecen una sólida base constitucional al ejercicio de los Derechos Constitucionales Procesales, como bien ha destacado la doctrina (23), y en general recogen las diversas manifestaciones de ambos a que previamente se ha hecho referencia. A ello cabe sumar la visión constitucional que del proceso judicial ofrece la misma Carta Fundamental venezolana en su artículo 257, al concebirlo como «*un instrumento fundamental para la realización de la justicia*»; para luego ordenar que «*Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales*».

2. La potestad judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado

La potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado siempre ha correspondido a los órganos del Poder Judicial en el ordenamiento jurídico venezolano. Así por ejemplo, disponen los artículos 2º y 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (24):

(19) Véase PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, pp. 196-315; CAROCCA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 308-338; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Los Derechos...*, p. 98.

(20) Véase PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, pp. 73-76; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Los Derechos...*, pp. 98-99.

(21) Cfr. PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, pp. 60-72; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Los Derechos...*, pp. 99-100.

(22) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 227-381; PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, pp. 69-73 y 76-80. También se incluye dentro de las garantías constitucionales en el proceso el derecho al recurso, a un proceso sin dilaciones indebidas, a no declarar contra sí mismo, a la presunción de inocencia y a la justicia gratuita, esta última supeditada a las condiciones que imponga la Ley.

(23) Véase HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *Los Derechos...*, pp. 93-114. Sobre las consecuencias de la constitucionalización de las garantías procesales véase, entre otros: PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, pp. 24-35.

(24) Última reforma, Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.262 del 11 de septiembre de 1998.

La jurisdicción es inviolable. El ejercicio de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los tribunales y comprende a todas las personas y materias en el ámbito del territorio nacional, en la forma dispuesta en la Constitución y las leyes. Las decisiones judiciales serán respetadas y cumplidas en los términos que ellas expresen.

Corresponde al Poder Judicial conocer y juzgar, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley, de las causas y asuntos civiles, mercantiles, penales, del trabajo, de menores, militares, políticos, administrativos y fiscales, cualesquiera que sean las personas que intervengan; decidirlos definitivamente y ejecutar o hacer ejecutar las sentencias que dictare.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil, supletorio de las demás leyes procesales, dispone:

Artículo 523. La ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, corresponderá al Tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia. Si fuere un Tribunal de arbitramento el que haya conocido en primera instancia, la ejecución corresponderá al Tribunal natural que hubiere conocido del asunto de no haberse efectuado al arbitramento.

Tal principio ha sido incorporado a las normas constitucionales respectivas, específicamente en el artículo 253 de la Carta Fundamental de 1999, el cual establece que corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes y *ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias*.

De tal suerte que resulta claro entonces que el Derecho positivo venezolano recoge la regla general atinente a que, dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional, está incluida la de ejecutar las sentencias, lo cual de suyo implica la ejecución forzada o en contra de la voluntad de la parte perdedora de ser el caso (25), como faceta objetiva de la ejecución de las sentencias, y como atributo del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, es decir, en su faz subjetiva (26).

(25) Sobre la relación entre el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y la ejecución de sentencias contencioso-administrativas en Venezuela y las consecuencias de ésta, véase: HERNÁNDEZ-MENDIBLE: *La ejecución de sentencias...*, pp. 339-341.

(26) Respecto a esas dos facetas de la ejecución de sentencia, véase: MARTÍN DELGADO, Isaac: *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*. Marcial Pons. Madrid, 2005, pp. 102-123.

III. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

1. Las bases constitucionales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las potestades del juez contencioso-administrativo

A ese conjunto de regulaciones, hay que agregar el contenido del artículo 259 constitucional, norma que tiene su antecedente en el artículo 206 de la Constitución de 1961, y que consagra, siguiendo la tradición venezolana, el carácter judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la vez que innova al establecer el alcance de las potestades del juez administrativo. El precepto en cuestión dispone de manera bastante completa que el juez podrá: anular actos administrativos generales o individuales contrarios a Derecho, incluso por desviación de poder, condenar a la Administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración (entiéndase al Estado en cualesquiera de sus manifestaciones y funciones); conocer del reclamo por la prestación de los servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa (actividad administrativa tanto en sentido orgánico como funcional). Cabe señalar que la doctrina es conteste en entender que en este precepto constitucional está incluida como manifestación de tal actividad administrativa, a la inactividad, es decir, a la falta de ejercicio de las potestades públicas administrativas, y que por ende, frente a esta manifestación negativa del actuar administrativo también procede el restablecimiento de las situaciones jurídicas por ella lesionadas (27).

Por otra parte, conviene destacar que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como son —o fueron— los casos francés o español (28), y más bien a semejanza con otros países de Hispanoamérica, en Venezuela nunca han estado planteadas en el plano constitucional, la existencia de límites o restricciones al juez contencioso-administrativo para la ejecución de sus fallos en contra de la Administración en cualquiera de sus personificaciones (29). Y

(27) Cfr. ROMERO MUCI, Humberto: *Contribución al estudio de la acción de carencia en el contencioso administrativo venezolano*. Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República. Caracas, 1991, pp. 26-32.

(28) Para el contencioso-administrativo español, véase entre otros: MARTÍN DELGADO: *Función jurisdiccional...*, pp. 25-88.

(29) Cfr. BREWER-CARIAS, *op. cit.*, p. 180; CÁNOVA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 330-331. Señala un sector de la doctrina que el poder de sustitución ejecutiva del juez contencioso-administrativo ha presentado en nuestro país problemas más bien de índole práctica (HERNÁNDEZ G., *El poder de sustitución...*, p. 316; y del mismo autor: *Ejecución de la sentencia en el orden contencioso administrativo*. En: *El contencioso administrativo en el ordenamiento jurídico venezolano y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. III Jornadas sobre

en el plano legal, esas eventuales cortapisas, que se han traducido en prerrogativas procesales que más adelante se comentarán, parecen responder más a una incorrecta comprensión del principio de separación de poderes (30) y de la regla de la legalidad presupuestaria, partiendo de una concepción en extremo restringida, que a una preconcepción de la jurisdicción contencioso-administrativa como «justicia retenida» en cuanto a la potestad de decidir y hacer ejecutar lo sentenciado.

Ello obedece a la adopción de un sistema judicialista desde el inicio de la República, en el cual, como ya se señaló, la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde al Poder Judicial incluso en el orden contencioso-administrativo (31), que no es más que una competencia especializada. En ese sentido, visto que, conforme destaca la doctrina (32), el contencioso-administrativo

Derecho Administrativo en Homenaje a la Dra. Hildegard Rondón de Sansó. Funeda. Caracas, 2006, p. 308).

(30) Se trata de un falso dilema el de la supuesta oposición del principio de separación de poderes con la sustitución ejecutiva del juez en la Administración, como demuestra en la doctrina española, plenamente aplicable como principio general: BELTRÁN DE FELIPE, *op. cit.*, pp. 268-269.

(31) De allí que se ha señalado: «En el Derecho Administrativo venezolano el sistema de control jurisdiccional de la Administración Pública ha sido judicialista desde los orígenes y así lo recuerda la jurisprudencia al señalar que «como se indica en la Exposición de Motivos de la Constitución, ésta ‘consagra el sistema judicialista de la jurisdicción contencioso-administrativa, apartándose del sistema francés y reafirmando la tendencia tradicionalmente predominante en la legislación nacional, de atribuir el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración a los órganos del Poder Judicial» (Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 14 de diciembre de 1970» (HERNÁNDEZ-MENDIBLE: *La ejecución de sentencias...*, p. 330 y nota al pie 1).

(32) Cfr. entre otros: MOLES CAUBET, Antonio: *El sistema contencioso-administrativo venezolano en el Derecho Comparado*. En: Contencioso Administrativo en Venezuela. 3ª edición. Colección Estudios Jurídicos N° 10. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993, pp. 11 y 19-20; CALCAÑO DE TEMELIAS, Josefina: *Origen y evolución del sistema contencioso-administrativo venezolano*. En: Derecho Procesal Administrativo. 1ª reimpression. 1ªs Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Primera reimpression. Vadell Hermanos Editores. Valencia, Venezuela, 1997, pp. 14-25. Véanse también, entre otros, en lo relativo a los recursos de nulidad contra los actos emanados de los órganos del Poder Público y a los juicios contra la República, los trabajos de: PÉREZ GUEVARA, Martín: *Bases Normativas del Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*. En: *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979, pp. 23-31; MOLES CAUBET, Antonio: *Rasgos generales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. En: *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979; BREWER-CARIAS, Allan R.: *Introducción general al régimen de la jurisdicción contencioso-administrativa*. En: *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Colección textos legislativos N° 47. 1ª Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010, pp. 15-17, y del mismo autor, ofreciendo un panorama general sobre la evolución de tal asunto: *Sobre la Justicia Constitucional y la Justicia Contencioso-Administrativa. A 35 años*

venezolano surge de forma poco sistemática a medida que en la evolución constitucional se le van atribuyendo de forma paulatina competencias propias de ese orden jurisdiccional al máximo Tribunal de la República (competencias para conocer de lo que hoy se conocen como pretensiones anulatorias de actos administrativos y pretensiones de condena al Estado por responsabilidad patrimonial, contractual o extracontractual), nunca se adoptó el modelo original francés de separación entre el contencioso-administrativo y los jueces «de derecho común», así como tampoco se contempló propiamente un sistema de justicia retenida en la fase de ejecución de las decisiones que impusieran condenas a la Administración (33).

Así las cosas, los diversos problemas conceptuales que originalmente se plantearon en los modelos francés o español en materia de ejecución de sentencias contra la Administración, únicamente fueron considerados por la doctrina o la jurisprudencia (34), más influidas por el prestigio del contencioso-administrativo francés o por alguna disposición normativa que consagró prerrogativas procesales, que por verdaderos imperativos constitucionales (35).

del inicio de la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso-administrativos (1976-2011). En: *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 19-74. Véase también: ARAUJO JUÁREZ, José: *La Justicia Administrativa y el Derecho Administrativo. Antecedentes, consolidación y principios fundamentales*. En: *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*. Colección Estudios Jurídicos N° 92. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 87-91; ARAUJO JUÁREZ, José: *La configuración constitucional del contencioso administrativo en Venezuela. Antecedentes, origen, evolución y consolidación*. En: *La actividad e inactividad administrativa y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Colección Estudios Jurídicos N° 96. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 24-34.

(33) Para los casos francés y español, consúltense, entre otros: CHAPUS, René: *Droit Administratif Général*. Tome 1. 7e Edition. Montchrestien, 1993, pp. 593-623; DE LAUBADÈRE, André, Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDEMONT: *Traité de Droit Administratif. Droit Administratif Général*. Tome I. L.G.D.J. 15e édition. Paris, 1999, pp. 345-368; BELTRÁN DE FELIPE, *op. cit.*, pp. 25-88 y MARTÍN DELGADO, *Función jurisdiccional...*, pp. 25-88.

(34) Véanse las referencias jurisprudenciales citadas por MUCI BORJAS, José Antonio: *La ejecución, según el Derecho Venezolano, de los fallos dictados por los jueces contencioso-administrativos*. En: 1^{as} Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan R. Brewer-Carías». Contencioso-administrativo. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 1995; pp. 561-563.

(35) De allí que se ha señalado, justamente respecto al sistema judicialista sobre ejecución de sentencias: «Hay que pensar que si el Estado sanciona el Derecho en él debe vivir, por lo que es inaceptable que un órgano del Estado pueda con una suerte de Derecho positivo, el de cumplir o el de dejar de cumplir la sentencia pronunciada por otro órgano del Estado (Spota). El cuestionamiento administrativo a la ejecución de sentencia, constituye una interferencia injustificable en el acto de administración de justicia» (ARAUJO JUÁREZ, José: *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 1996, p. 525). Solo alguna doctrina o criterio judicial minoritario llegaron a plantearse posiciones similares a las sostenidas en Francia, así por ejemplo, se explica que: «En épocas pasadas,

No obstante, habida cuenta de la muy reciente consagración de forma sistemática de los lineamientos constitucionales de la jurisdicción contencioso-administrativa (lo que ocurrió en la Ley fundamental de 1961), así como la igualmente muy incipiente regulación legal del contencioso-administrativo, que vino a contar con una ley reguladora propia apenas en el año 2010, lo cierto es que se produjo una situación singular. Y es que, no obstante la inexistencia de limitaciones derivadas del régimen constitucional o de imperativos históricos, la regulación de la ejecución de las sentencias contra la Administración vino a ser asumida de forma muy precaria en diversas leyes, como la de la Procuraduría General de la República (36), y luego en la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 (37), con una deferencia hacia la Administración que se tradujo, sobre todo en el primer texto legal y con matices en el segundo, en que

*en una especie de tributo al Derecho administrativo francés, aunque sin anclaje constitucional, se sostuvo en alguna sentencia y por un sector minoritario de la doctrina científica, que era a la Administración Pública y no al órgano jurisdiccional administrativo a quien correspondía ejecutar las sentencias» (HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *La ejecución de sentencias...*, p. 345). Ciertamente la referencia de ese autor se refleja en el siguiente párrafo de GRAU, María Amparo: *Los Poderes del Juez Contencioso Administrativo*. En: Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche. Vol. I. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje N° 3. Caracas, 2001, p. 402: «*Como puede interpretarse de los principios aludidos (legalidad presupuestaria e inembargabilidad de los bienes públicos), es la propia Administración y no el Poder Judicial la que ejecuta sus sentencias. Ello, obviamente comporta el riesgo de que la pretensión por el actor quede ilusoria si la Administración no cumple voluntariamente y, por tanto, se viole el derecho a obtener una tutela judicial efectiva* » (texto entre paréntesis añadido). Una afirmación aparentemente similar (que no es la posición común de la doctrina venezolana), pero cuyo sentido opuesto se deduce del contexto, es la siguiente: «*La ejecución de las sentencias contencioso administrativas, si bien corresponde a la Administración, es responsabilidad del juez, por lo que la fijación de un plazo de ejecución no debe verse como intromisión en la función administrativa, como la propia Corte Suprema ya lo ha aclarado*» (BREWER-CARIAS, *Nuevas tendencias...*, p. 233). Entendemos del sentido íntegro del párrafo que el autor se está refiriendo es a la ejecución voluntaria, lo que corrobora el siguiente extracto de la misma obra: «*...debe tenerse en cuenta además, que cuando se impone en la sentencia obligaciones de hacer o no hacer al Administración, y ésta no ejecuta el fallo voluntariamente, el juez puede autorizar al recurrente interesado para hacer ejecutar él mismo la obligación o para destruir lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer, a costa de la Administración...*» (ibídem, p. 235). En todo caso, como veremos más adelante, no somos del criterio de que en el plano de las correspondientes normas constitucionales (y eso ya bastaría), pero tampoco en el de los principios, y ni siquiera en la legislación, encuentre sustento afirmar que la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas corresponde a la Administración y no al Poder Judicial.*

(36) Gaceta Oficial N° 27.921 del 22 de diciembre de 1965.

(37) Sobre esta evolución legal y dinámica jurisprudencial, véanse, entre otros: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *La ejecución de sentencias...*, p. 331. Actualmente, el régimen de ejecución de sentencias contra los Municipios y demás entes locales se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, cuya última reforma fue publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre de 2010. Sobre ello se volverá más adelante.

en la fase preliminar de ejecución voluntaria, en la incidencia de ejecución —lo que no deja de ser contradictorio—, la Administración ejecutada gozaba de la prerrogativa de decidir la forma en que cumpliría el fallo dictado en su contra, y solo en caso de evidente inejecución, se pasaba a una ulterior etapa en la cual el órgano judicial, a instancia de parte, procedía a acudir a verdaderos mecanismos de ejecución forzada (38). No obstante, la regulación de esas leyes pueden considerarse un primer avance, potenciado por su aplicación por los tribunales contencioso-administrativos, al menos en casos emblemáticos (39).

Desafortunadamente, ese régimen se mantuvo en líneas generales, en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que se desperdició la oportunidad para adoptar una regulación cónsona con los postulados constitucionales en materia de tutela judicial efectiva y, por ende, de ejecución de sentencias contra la Administración. Pero antes de llegar a ese punto, conviene primero enmarcar el tema específico con unas breves pero necesarias reflexiones sobre las características generales de esa Ley, las cuales inciden en la regulación de la ejecución de la sentencia en el proceso administrativo.

2. Las deficiencias en cuanto a la correlación entre pretensión, garantía jurisdiccional y tipo de sentencia en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Una de las principales carencias que tiene la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su diseño general es el que no parece considerar la ya comentada vinculación entre pretensión procesal, garantía jurisdiccional y tipo de sentencia. Ello se manifiesta, para comenzar, en las

(38) Ejemplo de ello era el contenido del Artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965, que establecía: *Los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la República, no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales, ni en general a ninguna medida de ejecución preventiva o definitiva. Los jueces que conozcan de ejecuciones de sentencias contra la República, suspenderán en tal estado los juicios, y notificarán al Ejecutivo Nacional, por órgano del Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que haya de cumplirse lo sentenciado. Cuando se decreta alguno de los actos arriba indicados sobre bienes de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio público o a una actividad de utilidad pública nacional, antes de su ejecución el Juez notificara al Ejecutivo Nación Ejecutivo Nacional, por órgano del Procurador General de la República, a fin de que se tomen las medidas necesarias para que no se interrumpa la actividad a que este afectado el bien. Vencidos sesenta (60) días a contar de la fecha de la notificación, sin que el Ejecutivo Nacional se haya pronunciado sobre el acto, el Juez podrá proceder a su ejecución.*

(39) La doctrina administrativa refiere el fenómeno —común en el Derecho Administrativo de muchos países— del diálogo entre doctrina y jurisprudencia (HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *La ejecución de sentencias...*, p. 331). Ese fenómeno es prácticamente inexistente en la Venezuela actual, por las razones descritas en los trabajos referidos en la nota al pie 7.

imprecisiones terminológicas de la Ley, que emplea indistintamente los términos «demanda» «reclamo» y «recurso» (40), para referirse al mismo instituto, que no es otro que las pretensiones procesales (41), así como en la escasa sistematicidad de la enumeración de las diversas pretensiones procesales administrativas que pueden intentarse en el contencioso-administrativo venezolano (artículo 9).

Pero es en la asignación de los procedimientos aplicables a las diversas pretensiones procesales en la que se evidencia que la Ley no reparó en la importancia de esa relación, pues como ha destacado la doctrina, no se ubica criterio alguno que justifique o siquiera otorgue visos de racionalidad a la distribución de las diversas pretensiones procesales en los tres procedimientos de primera instancia (42).

En efecto, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa curiosamente parece comenzar por buena senda al crear un procedimiento para la tramitación de pretensiones de condena por responsabilidad patrimonial contractual o extracontractual de la Administración [o de los particulares demandados por esta en cualquiera de sus personificaciones (43)]. Y es que ello encuentra racionalidad tanto en la tradición del contencioso-administrativo

(40) El término «reclamo» tiene sin embargo base constitucional en materia de prestación de servicios públicos. Esa es la expresión que añadió precisamente el artículo 259 de la Constitución de 1999 a la redacción original de su norma antecedente, a saber, el artículo 206 de la Constitución de 1961.

(41) «Demanda» en los artículos 9.8 y 9.9, 23.1, 23.2, 23.5, 23.10 al 23.13, 24.1 y 24.2, 34.5, 24.8, 25.1 al 25.3, 25.6, 25.8, 26.1 y 26.2, 28, 31, 33 al 36, 41, 56, 60, 61, 65, 66, 67, 69, 70, 76 al 78, 81 y 82; «recurso» en los artículos 9.6, 9.21, 9.23, 26.2, 32.3, 78.1 y 81; y «reclamo» o «reclamación» en los artículos 9.3 y 9.5, 25.5, 28, 33.5, 65.1, 66, 67 y 74.2.

(42) Cfr. BREWER-CARIAS, *Introducción general al régimen...*, p. 67; UROSA MAGGI, Daniela: *Las pretensiones procesales en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. En: Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Volumen I. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2010, pp. 217-218.

(43) Al margen de la cuestionable constitucionalidad de los preceptos legales —que recogen un criterio jurisprudencial establecido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a partir del año 2004— que asignan la competencia a los jueces contencioso-administrativos para conocer de pretensiones interpuestas por la Administración en sus diversas personificaciones contra los particulares, cuestionamiento que se deriva del artículo 259 constitucional. En ese sentido, véanse, entre otras, nuestras consideraciones en: *Las demandas de contenido patrimonial*. En: Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Vol. II. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011, p. 333-340, así como la bibliografía allí citada. Más recientemente: GEYER ALARCÓN, Arlette Marelene: *La organización de la jurisdicción contencioso administrativa*. En: La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa (Dir. V.R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE). Colección Estudios Jurídicos N° 96. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, pp. 74-77.

venezolano, que anteriormente remitía al juicio ordinario de la ley procesal civil a estos efectos, como en la necesidad de otorgarle un diseño procesal de plena cognición y amplias posibilidades de defensa a las partes para poder cumplir a cabalidad sus cargas de alegación y prueba en un *thema decidendum* que implique la demostración de los requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial.

No obstante, de seguidas la Ley asigna la tramitación por el procedimiento breve (cuyo nombre denota su pretendida celeridad que se combina, al menos en teoría, con la presencia de la oralidad como regla prevalente) de pretensiones especialmente disímiles. A saber, la de condena a actuación frente a la inactividad administrativa o la de condena a no hacer o a dejar de hacer en la hipótesis de actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho. En ellas aparentemente el punto común sería la naturaleza condenatoria de ambas, pero cuya urgencia de tramitación no parece encontrar justificación para el supuesto de la inactividad —puesto que puede ser igual de necesaria la pronta resolución de una pretensión frente a la actividad administrativa que frente a la inactividad—, todo lo cual determinan que surjan dudas en cuanto a la racionalidad del diseño legislativo. Y estas se agravan si se considera que la tercera «pretensión» cuya tramitación se establece por el mismo procedimiento breve, es el del llamado «reclamo por la omisión, demora o deficiente de los servicios públicos». En ese último caso, no se trata de una pretensión definida y específica, si no más bien de la agrupación de cuantas pretensiones sean necesarias para el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada por la deficiente prestación del servicio público (44).

Pero si ya el encauzamiento de tan diversas pretensiones en un mismo procedimiento, el breve, lleva a preguntar por la justificación de tal decisión legislativa, al examinar las tres pretensiones que deben tramitarse por el último de los procedimientos de primera instancia que contempla la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las dudas se amplían exponencialmente.

En efecto, si el primer procedimiento de primera instancia, es decir, el de las demandas de contenido patrimonial, es el típico de plena cognición, con rasgos de oralidad bastante limitados e incoherentes, y que en definitiva se asemeja al procedimiento civil ordinario, y el segundo procedimiento, esto es, el

(44) En análoga orientación crítica: HENRÍQUEZ LARRAZÁBAL, Ricardo: *La ejecución de las sentencias en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. III Jornadas Aníbal Dominici. Homenaje Dr. Ricardo Henríquez Laroche. Derecho Probatorio. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2011, p. 391. Exceptuando la posibilidad de incluir en tal «reclamo» a las pretensiones de condena al pago de sumas de dinero, limitación establecida por el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y cuya constitucionalidad ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina.

breve (cuyo diseño se inspira en el proceso «creado» por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para el procesamiento de las pretensiones de amparo constitucional), agrupa la tramitación de pretensiones de condena frente a inactividad, a la actividad material y en materia de prestación de servicios públicos, el tercer procedimiento es, como ha destacado la doctrina (45), una reminiscencia del «juicio de nulidad de actos administrativos» que contemplaba la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. La nueva Ley pues, ha optado por modificar su nombre, y llamarlo «común», pero no es en realidad un procedimiento común en el sentido de que agrupe a la generalidad de las pretensiones procesales administrativas, como resulta obvio de la existencia de los dos primeros procedimientos de primera instancia ya mencionados.

A mayor abundamiento, la Ley asigna la tramitación por este último procedimiento «común» de las pretensiones constitutivas de nulidad de actos administrativos, de interpretación de textos legales de contenido administrativo (que a lo que más se asemejan es a pretensiones mero-declarativas) y de controversias administrativas (que suelen tener como *thema decidendum* un conflicto competencial entre entidades administrativas de diversos niveles político-territoriales). Como puede verse, se trata de pretensiones —y en algunos casos más bien de vías procesales— de muy distinta naturaleza, contenido y finalidad, por lo que no se encuentra justificación racional para su asignación por un mismo procedimiento.

A lo anterior cabe añadir que este procedimiento «común», precisamente por inspirarse en el viejo «juicio de nulidad de actos administrativos» de la legislación derogada, parte de una concepción predominantemente revisora y objetiva del contencioso-administrativo (46). Por ende, el diseño procesal no contempla propiamente la citación de la Administración demandada (lo que ha tenido que ser suplido por la jurisprudencia), y centra el debate probatorio en la revisión del expediente administrativo que remite el órgano emisor del acto y que debe contener las diversas actuaciones que tuvieron lugar en el procedimiento administrativo constitutivo del acto administrativo, y, de ser el

(45) KIRIAKIDIS LONGHI, *op. cit.*, p. 216.

(46) De hecho, este procedimiento «común» posee más limitaciones que el antecedente, pues mientras en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 se preveía expresamente la posibilidad de acumular pretensiones de condena con el fin de lograr el restablecimiento cabal de las situaciones jurídicas subjetivas, con la consiguiente delimitación de las potestades del juez contencioso-administrativo en su decisión mucho más allá de un fallo constitutivo que se centrara únicamente en la declaración de nulidad del acto administrativo, la Ley vigente nada contempla al respecto, lo que de por sí genera dudas en lo relativo a cuál es el procedimiento aplicable en caso de requerirse la acumulación de pretensiones constitutivas y de condena frente a actos administrativos.

caso, de los procedimientos de revisión que se hayan dado con ocasión de los recursos administrativos que se hubieran interpuesto.

Se trata pues, de un diseño procesal concebido para el procesamiento de pretensiones constitutivas de nulidad de actos administrativos. El haber incluido entonces en este la tramitación de pretensiones de interpretación de textos legales y las denominadas demandas de controversias administrativas, revela claramente cuán lejos de una concepción racionalmente justificada se encontraba el Legislador al momento de establecer esa distribución de pretensiones y procedimientos, y por tanto, de vincular la pretensión con la garantía jurisdiccional.

Esta escasa racionalidad legislativa se ve agravada por el hecho de que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no le presta mayor atención al contenido de las diversas sentencias definitivas que se deben producir en cada procedimiento (47). Únicamente para el caso del procedimiento breve, la Ley alude lacónicamente a que en la decisión que se dicte se debe hacer mención a las medidas necesarias para restablecer la situación jurídica infringida y, en el caso de reclamo por la prestación de servicios públicos, a las medidas que garanticen la eficiente continuidad de estos (48).

Más allá de esas escuetas referencias, no hay pues una regulación mínimamente satisfactoria del contenido de las sentencias que deben dictarse con ocasión de la resolución de los diversos procesos administrativos, lo que hubiera sido especialmente deseable vistas las innovaciones de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en relación con la legislación precedente, sobre todo en lo que se refiere a la ampliación del ámbito del objeto del proceso administrativo (49), por lo que no queda otra solución que acudir a la integración con la regulación del proceso civil.

(47) Y como consecuencia de ello, tampoco le presta atención a la correlación entre los distintos tipos de pretensiones y sentencias, las cuales, como ha señalado la doctrina, determinan los límites del poder de sustitución del juez contencioso-administrativo (HERNÁNDEZ G.: *El poder de sustitución...*, p. 313; HERNÁNDEZ G., *Ejecución de la sentencia...*, p. 303).

(48) El artículo 74.3 se refiere también a que la sentencia debe indicar las sanciones a que haya lugar. Como bien ha destacado la doctrina (KIRIAKIDIS LONGHI, *op. cit.* p. 106), la alusión es peculiar, pues el juez contencioso-administrativo no tiene como finalidad en su actividad jurisdiccional el ejercicio de potestades punitivas, por lo que debe interpretarse como una referencia a la imposición de las multas pecuniarias previstas en el procedimiento como consecuencia del desacato de órdenes judiciales.

(49) Véase nuestro trabajo: *Hacia la ampliación del ámbito del Proceso Administrativo y su relación con el contenido y ejecución de la sentencia: algunas tendencias legislativas en Iberoamérica*. En: *Visión de la tutela judicial efectiva: Ejecución de las sentencias contra el Estado en Venezuela*. En: *Reforma del Estado y transformación del Derecho Administrativo*. Colección Libros de Actas de Congresos y Jornadas. España, pp. 673-674. Libro disponible en línea: <http://www.bubok.es/libros/232196/Reforma-del-Estado-y-Transformacion-del-Derecho-Administrativo>.

Pero es que esta carencia, además, incide negativamente en el tema de la ejecución de la sentencia, pues, en el correspondiente capítulo, la Ley solventa parcialmente la regulación del contenido de las decisiones, mas no así lo que debió ser el asunto concreto a regular con prolijidad, a saber, las potestades del juez contencioso-administrativo, tanto las destinadas a lograr la ejecución *in natura* del fallo por medio de la compulsión o de medidas sancionadoras a los responsables de la ejecución, como las de sustitución de este de forma directa o a través de terceros ante la falta de cumplimiento voluntario de la Administración perdidosos (50). Veamos ello con más detalle seguidamente.

3. La regulación específica de la ejecución de la sentencia en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

A) Lineamientos generales

Además de lo establecido en el artículo 4, referido a que el juez contencioso-administrativo es el rector del proceso y debe impulsarlo de oficio o a petición de parte, *hasta su conclusión*, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa regula de manera específica —mas no detallada— el tema de la ejecución de la sentencia, en los siguientes términos.

En el artículo 107, intitulado ejecución de la sentencia, comienza disponiendo que la ejecución de esta, o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, «...le corresponderá al tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia», reiterando el principio tradicional en el ordenamiento jurídico venezolano atinente a que la ejecución de las decisiones corresponde también al Poder Judicial, incluyendo las sentencias dictadas contra la Administración, en cualquiera de sus personificaciones, en tal caso, en principio por el juez contencioso-administrativo.

(50) Sobre el poder de sustitución ejecutiva del juez contencioso-administrativo, cfr. BELTRÁN DE FELIPE, *op. cit.*, *in totum*; MARTÍN DELGADO, Isaac: *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*. Iustel, Madrid, 2006. Pueden verse en la doctrina venezolana, entre otros: HERNÁNDEZ G., *El poder de sustitución...*, pp. 305-246; y del mismo autor: *Ejecución de la sentencia...*, pp. 303-331; MUCI BORJAS, José Antonio: *El Derecho Administrativo global y las limitaciones de derecho interno, para la ejecución de los fallos de condena al pago de sumas de dinero dictados contra la República. Juicio crítico sobre los privilegios y prerrogativas de la Nación a la luz de los Tratados Bilaterales de Inversión (Bits)*. En: *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*. Tomo II. V. Hernández-Mendible Coordinador. Ediciones Paredes. Caracas, 2009, pp. 1.366-1.369.

No obstante, de seguidas el artículo 108 dispone, respecto a la «*ejecución voluntaria de la República y de los Estados*» (51), que en la hipótesis de condenas contra tales entes político-territoriales, deben seguirse las normas de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y que en el caso de los municipios, se aplicarán las normas de la ley especial que rija al Poder Público Municipal y supletoriamente, el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Se perdió así una casi única oportunidad de regular en un solo cuerpo normativo de forma uniforme y coherente el tema de la ejecución de las sentencias contra la Administración en cualquiera de sus personificaciones, tanto con forma de Derecho Público o Privado, según el caso. Por el contrario, se mantiene la dispersión de la regulación de tal materia, según se trate de los diversos ámbitos político-territoriales en que se distribuye la organización territorial del Poder Público, sin que se encuentre aparente justificación a tales distinciones (52). Ello es especialmente cuestionable si se considera que, como veremos, la regulación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no aporta mayores innovaciones a los regímenes previos (53), por lo que, incluso en obsequio a la coherencia legislativa, un mínimo avance hubiera sido el que se unificaran los procedimientos, con independencia del nivel de la organización territorial que resultara afectado (54).

(51) El título del precepto ha dado lugar a la tesis interpretativa que sostiene, basándose en el elemento literal, que la remisión al Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República es en cuanto a la ejecución *voluntaria*, no así respecto a la *forzada* (Cfr. HENRÍQUEZ LARRAZÁBAL, *op. cit.*, pp. 394-395), en cuyo caso sí resultaría aplicable el procedimiento regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa también para las sentencias contra la República y los Estados. En contra: KIRIAKIDIS LONGHI, *op. cit.*, p. 206-208. Véase también: GALLOTTI, Alejandro: *Las prerrogativas del Estado en el Derecho Procesal Administrativo*. Segunda Edición. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2011, p. 153.

(52) En similar sentido, véanse: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *La ejecución de sentencias...*, pp. 361-364 KIRIAKIDIS LONGHI, *op. cit.*, pp. 205-206. Así por ejemplo, cabe preguntarse por qué la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa incluye dentro de su régimen a los Institutos Autónomos (hasta entonces regulados en el tema de la ejecución de sentencias en su contra por el Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República por remisión del artículo 101 del Decreto-Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008), pero no así a la República.

(53) Por ello, tal régimen ha sido calificado como una innovación nominal (KIRIAKIDIS LONGHI, *op. cit.*, p. 204), y una renuncia regulatoria (*Ibidem*, pp. 205-207).

(54) Sobre la falta de innovaciones en el régimen de ejecución de sentencias en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se ha señalado que el procedimiento está prácticamente copiado del establecido en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, con modificaciones menores (HENRÍQUEZ LARRAZÁBAL, *op. cit.*, p. 390).

Lo cierto es que ante la existencia de tres procedimientos para la ejecución de las sentencias en el contencioso-administrativo, regulados en tres leyes distintas (55), uno para el caso de que la parte perdedora sea la República o los Estados, otro para los Municipios y demás entidades locales, y el tercero, que es el que se encuentra establecido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, destinado a la regulación de la ejecución de sentencias contra los otros entes públicos y algunas entidades estatales con forma de Derecho Privado (56), se impone un breve ejercicio comparativo al estudiar cada uno de los supuestos, lo que comenzaremos a realizar a continuación.

(55) Cuatro si añadimos que la ejecución en contra de los particulares —y en nuestro criterio de los entes con forma de Derecho Privado distintos a las Empresas del Estado— se rige por el Código de Procedimiento Civil. En este punto discrepamos de GALLOTTI, *op. cit.*, p. 155, quien sostiene que el procedimiento de ejecución de sentencias de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es igualmente aplicable a las condenas contra Fundaciones del Estado, toda vez que esas últimas no están incluidas en la enumeración legal, salvo que se entienda que se trata de una omisión en la redacción y se plantee una interpretación extensiva sobre la base de que las Fundaciones del Estado están sometidas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa conforme al artículo 7.3. *eiusdem*. Tal tesis interpretativa nos parece plausible de *lege ferenda*, pero contraria a la redacción vigente. En cambio, sí estamos de acuerdo en que este procedimiento de la Ley que regula el proceso administrativo sí incluye el de la ejecución contra entes públicos no estatales (v. g. Colegios Profesionales), vista la expresa previsión en tal sentido contenida en el artículo 109, no así a los Consejos Comunales, que entendemos que son entes no estatales con forma de Derecho Privado que pueden ejercer *en algunos casos* funciones públicas.

(56) Cfr. en similar sentido: KIRIAKIDIS LONGHI, *op. cit.*, p. 208). A tenor de lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estarían sometidos de forma directa y principal, a las regulaciones del Título IV, Capítulo VI (De la ejecución de la sentencia) los institutos autónomos, entes públicos y empresas en las cuales esos entes tengan participación decisiva. La redacción de la norma no es especialmente afortunada, como no lo es ninguno de los preceptos que se refieren a los entes del sector público ni a la organización administrativa en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En el caso concreto, porque los institutos autónomos *son* entes públicos. De allí que se trata de una enumeración redundante. Por otra parte, la referencia a las empresas en las que esas personas tengan participación decisiva implica que se está aludiendo a las empresas del Estado, forma jurídica que ya ha quedado definida en la Ley Orgánica de la Administración Pública (aunque la reforma por Decreto-Ley de la misma de 2008 resulta confusa en sus términos), con lo que el legislador procesal debió remitir en tal caso al término empleado en esa Ley sustantiva, a no ser que quisiera describir algo distinto (y la duda es razonable, pues la categorización de empresa del Estado que contemplaban la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 no era absolutamente equivalente a la definición de Empresa del Estado de la Ley Orgánica de la Administración Pública). En todo caso, con tal inclusión, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa continúa la tradición legislativa de los últimos años en cuanto a extender prerrogativas propias de los entes públicos a entes con forma de Derecho Privado, como ya hemos tenido la ocasión de señalar en otras oportunidades (véase entre otros nuestro trabajo: *Las demandas contra los entes públicos*. En: Manual de Práctica Forense. Contencioso Administrativo. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2009, p. 69). En este supuesto, se

B) La ejecución voluntaria

Ahora bien ¿cuál sería entonces el ámbito de aplicación del procedimiento de ejecución de sentencias regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa? De acuerdo con el artículo 109, la ejecución voluntaria (57) sería contra los otros entes (por tanto, distintos a la República, los Estados y los Municipios), lo cual lo corrobora el contenido del precepto, el cual establece:

Cuando los institutos autónomos, entes públicos o empresas en los cuales estas personas tengan participación decisiva resultasen condenados por sentencia definitivamente firme, el tribunal, a petición de parte interesada, ordenará su ejecución. A estos fines, notificará a la parte condenada para que dé cumplimiento voluntario a la sentencia dentro de los diez días de despacho siguientes a su notificación. Durante ese lapso, se podrá proponer al ejecutante una forma de cumplir con la sentencia. Las partes podrán suspender el lapso establecido para la ejecución voluntaria por el tiempo que acuerden.

La redacción de esa disposición no deja de ser cuestionable en cuanto a que se prevé la posibilidad de que se «proponga» al ejecutante una forma de cumplir con la sentencia, habida cuenta de que la manera de ejecutar el fallo no puede ser otra que conforme a los términos en que se dictó la parte dispositiva del mismo, por lo que la única interpretación racional y conforme al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva es que esa «proposición» [que vendrá de la parte condenada (58)] solo puede plantearse en el ámbito de la discrecionalidad, o de la opcionalidad, que haya dejado los términos de

aplica la regulación de la ejecución de las sentencias contra la Administración a entes que se crean con forma de Derecho Privado y que pretenden funcionar prevalentemente bajo el régimen de este, y no del Derecho Administrativo.

(57) Queda entonces la duda acerca de si la remisión a las otras leyes es únicamente en cuanto a la ejecución voluntaria mas no así a la forzosa. Por nuestra parte, prescindiendo del elemento literal de los títulos de los preceptos, entendemos que no, habida cuenta de que no parece lógico que la Ley hubiera establecido un régimen distinto según se tratara de la ejecución voluntaria mas no así de la forzada, siendo que esta última es la que requiere de mayor regulación. A ello cabe agregar que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se destaca por su precisión terminológica o alardes técnicos, por lo que de entrada cualquier interpretación basada únicamente en el elemento literal debe ser vista con especial precaución. De allí que, aunque nos parece que la intención de la tesis interpretativa antes referida es plausible en cuanto a su finalidad, no se ajusta a la *Mens Legis*, que optó por regular de forma únicamente supletoria a la legislación preexistente el tema de la ejecución de las sentencias contra los entes político-territoriales.

(58) La escasa precisión en la determinación de quién hace la proposición ha llevado a la doctrina a sostener que incluso puede hacerlo la parte ganadora del proceso (KIRIAKIDIS LONGHI, *op. cit.*, p. 209), lo cual no compartimos sobre la base de lo expuesto en la siguiente nota al pie.

la sentencia, y nunca contra estos (59). No obstante, la redacción constituye un cierto avance respecto a las disposiciones antecedentes de esta, a saber, los artículos 87 y 88 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y 158 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

En efecto, los dos primeros preceptos antes referidos disponen, en una redacción bastante enrevesada, que, una vez dictada y notificada la sentencia que declara perdidosa a la República, la Procuraduría General de la República (órgano que la representa judicialmente) y el órgano de la Administración que corresponda, debe informar sobre la forma y oportunidad de ejecución del fallo dentro de unos plazos. Transcurridos los mismos, la parte interesada (es decir, la parte ejecutante y gananciosa de la sentencia), puede aprobar o rechazar la proposición, y en el último caso, el Tribunal habrá de fijar otro plazo para que se presente nueva propuesta. Solo a partir del vencimiento del último de los lapsos sin que haya sido presentada una segunda proposición o si ella no es aprobada por la parte ejecutante, el juez contencioso-administrativo *«debe determinar la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia»*, de acuerdo con los procedimientos que más adelante describiremos.

Por su parte, el artículo 158 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal dispone que la sentencia dictada en contra del municipio debe ser notificada al Alcalde o a la autoridad de la entidad municipal respectiva, a fin de que estos den cumplimiento voluntario dentro de un plazo, o bien propongan al ejecutante una forma de cumplir con la sentencia. Rechazada esa proposición, las partes pueden suspender el lapso de ejecución voluntaria para realizar *«actos de composición voluntaria»*, y transcurrido el plazo en cuestión es cuando se procede a la ejecución forzada.

(59) En similar sentido, se ha sostenido la necesidad de una interpretación restrictiva de tal potestad para proponer la forma de ejecución del fallo dentro de los límites de la opcionalidad que se desprenda de la sentencia, sobre la base de análogos argumentos a los aquí expuestos, pues es al Juez a quien corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado (U ROSA MAGGI, Daniela: *De la actuación del Municipio en Juicio*. En: Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Colección Textos Legislativos N° 34. 2° edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2005, pp. 505-506). Y es que: *«...la Administración no es libre de decidir si ejecuta o no la sentencia. Todo lo contrario, está obligada a cumplir esa sentencia en sus propios términos»* (HERNÁNDEZ G., *Ejecución de la sentencia...*, p. 309). Véase también: CÁNOVA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 333. Esas aseveraciones se basan en los postulados de la Teoría General de Proceso, en cuanto a que, como ha sostenido la doctrina española: *«La ejecución ha de llevarse a cabo en sus propios términos de la resolución, de acuerdo con el fallo, que es el que contiene el mandato de la Sentencia, sin posibilidad de modificarlo. En consecuencia, si un Tribunal se aparta sin causa justificada de lo provisto en el fallo de la Sentencia que debe ejecutarse, o introduce una cuestión nueva no contenida en dicho fallo, está vulnerando el artículo 24.1 C.E. y por tanto es nula la resolución en que se opera la modificación»* (PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, p. 76).

Luce evidente entonces que ambas regulaciones, cada una con sus matices, le otorgan potestades a las Administraciones perdidosas que exceden las que pueden tener al dar cumplimiento a una sentencia (60), visto que lo que procede en tal supuesto es el cumplimiento estricto de la misma, y solo ante la hipótesis de que el fallo haya dejado cierta opcionalidad (61) a la Administración condenada, es que habría lugar a discusión al respecto (62).

Mas incluso en ese último supuesto, esa determinación en modo alguno puede dejarse a la única iniciativa de la parte perdidosa ni a la simple aceptación del ganador, visto que se trata de un asunto de estricta legalidad en el cual el juez contencioso-administrativo, como director del proceso a tenor de su propia función jurisdiccional y tal como lo reconoce el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es quien debe asumir un rol protagónico en el estudio de las circunstancias del caso concreto para determinar la forma en que se materializará ese cumplimiento voluntario, sin que ello signifique prescindir de la intervención de las partes en obsequio a la garantía del debido proceso. Aquí se evidencia entonces la faceta objetiva de la ejecución de la sentencia en cuanto al cumplimiento estricto de la misma garantiza la juridicidad de las actuaciones del Poder Público, y en última instancia, el respeto al Estado de Derecho.

C) La ejecución forzada

Transcurrida infructuosamente la fase de cumplimiento voluntario, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 110 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es el juez contencioso-administrativo quien debe determinar la forma y oportunidad para dar cumplimiento a la sentencia, conforme a las reglas que más adelante se comentan. En todo caso, vale rei-

(60) Destaca al respecto la doctrina, refiriéndose a las reglas de la ejecución de la sentencia de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que el carácter jurisdiccional de tal ejecución, impuesto por el artículo 253 constitucional, queda matizado con tal regulación, aunque luego complementa señalando que tales normas no pueden ser interpretadas literalmente por cuanto la forma de cumplir el fallo no puede depender de la voluntad de la Administración (HERNÁNDEZ G., *Ejecución de la sentencia...*, p. 313). Sobre el mismo punto, se ha llegado a catalogar a la fase de cumplimiento voluntario de las sentencias en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como de «negociación tripartita», entre el Juez, el ejecutante y el ejecutado (HENRÍQUEZ LARRAZÁBAL, *op. cit.*, p. 384).

(61) En el caso venezolano, véanse las referencias a la discrecionalidad y a la opcionalidad en el ámbito de la ejecución de sentencias, en: HERNÁNDEZ G., *El poder de sustitución...*, pp. 316-323.

(62) Por ello no puede dársele preponderancia al mero elemento literal en la redacción de tales disposiciones, toda vez que implicaría aceptar que es la Administración a quien corresponde ejecutar las sentencias en su contra (GALLOTTI, *op. cit.*, p. 144).

terar que ello tampoco le otorga potestad, ni siquiera al órgano judicial, para apartarse de lo dispuesto en el dispositivo de la sentencia que él mismo dictó, toda vez que tal proceder resultaría violatorio de la cosa juzgada, sino que lo que corresponde al juzgador es, en todo caso, determinar la forma exacta y concreta de ejecución del fallo en la medida en que los términos en que este fue emitido así lo permita (63).

De seguidas, veamos cuáles son esas reglas de acuerdo con el tipo de sentencia que se haya dictado, con una previa advertencia. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa solo regula el caso de la ejecución forzada de sentencias condenatorias, mas no así los fallos declarativos (en los que pueden haber actuaciones posteriores a la emisión de la sentencia, por ejemplo destinados a darle publicidad), constitutivos o en los que hay diversos tipos de pretensiones acumuladas, lo cual es incluso un retroceso en el caso venezolano (64), pues aunque de modo limitado, ya la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 131 establecía de forma general los lineamientos a seguir en cuanto a las potestades del juez contencioso-administrativo al momento de dictar sentencias que se pro-

(63) La misma observación resulta aplicable a la redacción del artículo 159 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el cual establece: «*Vencido el lapso para la ejecución voluntaria de la sentencia, el Tribunal determinará la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes...*» y 88 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que preceptúa: «... *si la misma (la proposición de cumplimiento del fallo que propone la Administración perdidoso) no es aprobada por la parte interesada, o si el organismo respectivo no hubiere presentado alguna, el Tribunal debe determinar la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes...*» (paréntesis añadido).

(64) Se ha señalado que son las sentencias de condena las que por definición requieren ejecución, lo que justificaría tal omisión en la legislación venezolana (UROSA MAGGI, Daniela: *De la actuación del Municipio...*, pp. 503). Ello es cierto en estricta lógica procesal, como advierten por ejemplo MORÓN PALOMINO, Manuel: *Derecho Procesal Civil. Cuestiones Fundamentales*. Marcial Pons. Madrid, 1993, p. 334, y ORTELLS RAMOS, *op. cit.*, pp. 712-713. No obstante, en el caso del proceso administrativo, muchas veces habrán de realizarse ciertas actuaciones complementarias a la mera emanación del fallo de fondo para lograr que este produzca sus efectos, como se evidencia por ejemplo en otras legislaciones Iberoamericanas, y según ha señalado la doctrina venezolana al referirse al restablecimiento de la situación jurídica en los casos de anulaciones con efectos hacia el pasado (BREWER-CARÍAS, *Nuevas tendencias...*, p. 226). Hay por ejemplo, casos que se vinculan con el ámbito urbanístico, como puede verse en: FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael: *Urbanismo y Ejecución de Sentencias*. En: SÁNCHEZ LAMELAS, Ana (Coord.) *La Ejecución de Sentencias Contencioso-Administrativas*. IV Curso de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 85-90. Pero es que además, en un tema tan tradicionalmente controvertido en la doctrina, polémica producto del seguimiento parcial de la tradición francesa, nos luce especialmente necesario que el Derecho Positivo delimite cuáles son las potestades del juez contencioso-administrativo en la fase de ejecución de sus sentencias contra la Administración, con el fin de adecuarlo a los postulados constitucionales de todo Estado de Derecho.

nunciaran tanto sobre la nulidad de actos administrativos como respecto al consiguiente restablecimiento de la situación jurídica infringida (65). Como vemos, pues, se evidencia una vez más la falta de vinculación entre pretensión, garantía jurisdiccional y sentencia.

Expuesto lo anterior, revisemos con algo más de detalle la ejecución forzada de las sentencias condenatorias:

a) Sentencias que condenan al pago de sumas de dinero

Establece el artículo 110.1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

Cuando la condena hubiese recaído sobre cantidad líquida de dinero, el tribunal ordenará a la máxima autoridad administrativa de la parte condenada que incluya el monto a pagar en el presupuesto del año próximo y el siguiente, a menos que exista provisión de fondos en el presupuesto vigente. El monto anual de dicha partida no excederá del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del ejecutado. Cuando la orden del tribunal no fuese cumplida o la partida prevista no fuese ejecutada, el tribunal, a petición de parte, ejecutará la sentencia conforme al procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de sentencias de condena sobre cantidades líquidas de dinero.

A su vez, el artículo 88.1 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, dispone:

Si se trata de cantidades de dinero, el Tribunal, a petición de la parte interesada, debe ordenar que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva de los próximos dos ejercicios presupuestarios, a cuyo efecto debe enviar al Procurador o Procuradora General de la República copia certificada de la decisión, la cual debe ser remitida al órgano o ente correspondiente. El monto que se ordene pagar debe ser cargado a una partida presupuestaria no imputable a programas.

Por su parte, el artículo 159.1 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal estatuye:

Cuando la condena hubiere recaído sobre cantidad líquida de dinero, el Tribunal, a petición de parte, ordenará a la máxima autoridad administrativa del Municipio o de la entidad municipal para que incluya el monto a pagar en el presupuesto del año próximo y siguientes, a menos que exista provisión de fondos en el presupuesto vigente. Cuando la orden del Tribunal no fuere cumplida o la partida prevista no fuere ejecutada, el Tribunal, a petición de parte, ejecutará la sentencia conforme al procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil

(65) Comentando esta norma, puede consultarse, entre otros: BREWER-CARIÁS, *Nuevas tendencias...*, pp. 180 y 218-222.

para la ejecución de sentencias de condena sobre cantidades líquidas de dinero. El monto anual de dicha partida no excederá del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del presupuesto del Municipio o distrito.

Como puede verse, la regulación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es prácticamente idéntica a la establecida previamente en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, que tiene a su vez como antecedente la regulación de la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 (66). Y con relación a lo preceptuado en el Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la disparidad es más formal que sustancial, pues aunque en la redacción de esa última se nota más la especial «deferencia» hacia la Administración (67), lo cierto es que en el fondo, el mecanismo para lograr la ejecución del fallo es bastante semejante.

En efecto, tanto la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, establecen que en el caso de sentencias condenatorias a dar una cantidad de dinero, la orden judicial a la Administración perdidosa se contrae a la inclusión del monto a pagar en los presupuestos de los dos años siguientes, a no ser que exista disponibilidad presupuestaria para el momento cuando se dicta el fallo. Con razón se ha señalado que esta normativa refleja una visión sobredimensionada del principio de legalidad presupuestaria, al dejar de considerar la existencia de una orden judicial (68), o quizá más bien, de una concepción anacrónica del mismo, obviando los otros derechos y bienes jurídicos tutelados a considerar en la situación que está regulándose.

Incluso se ha sostenido que esta primera fase del procedimiento en realidad es una continuación de la ejecución voluntaria, pues no hay sustitución ejecutiva, esencia de la ejecución forzada (69). Ya veremos cómo también en la ejecución forzada de otro tipo de sentencias de condena se repite esa anómala situación en cuanto a reeditar una suerte de posibilidad de cumplimiento voluntario en la fase de ejecución forzosa.

No obstante, a diferencia de la regulación del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en las dos leyes se impone como límite el que el monto a imputar no puede ser mayor al cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del ejecutado, sin resolver qué pasa si la cantidad

(66) Cfr. UROSA MAGGI, *De la actuación del Municipio...*, p. 507.

(67) Así por ejemplo; *Ibidem...*, p. 507, entiende que esa orden de inclusión en la correspondiente partida presupuestaria es una nueva fase de cumplimiento voluntario, retrasando la ejecución, pues ya la misma debe de estar en la parte dispositiva de la sentencia condenatoria

(68) HENRÍQUEZ LARRAZÁBAL, *op. cit.*, p., 384.

(69) *Ibidem*, pp. 384-385.

de dinero por la que se ha condenado a pagar es mayor. ¿Implica entonces que el pago parcial se continúa en los años subsiguientes, tercero, cuarto, quinto, etc., hasta completar el pago total debido y por tanto hasta darle cabal cumplimiento a la sentencia? La respuesta nos parece negativa tanto a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva como basándonos en el derecho positivo, de acuerdo con lo que veremos seguidamente (70).

De allí que hasta podría sostenerse que esas dos regulaciones son aún más deferentes con la Administración que el Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, al establecer un límite máximo a pagar por año que no lo contempla esa última normativa. Ello, por cuanto el Decreto-Ley en referencia solo impone que el monto a pagar no puede ser imputado a partidas presupuestarias correspondientes a programas, lo cual en realidad no es una limitación especial ni particular porque ello no puede hacerse en *ningún caso* toda vez que lo prohíben las correspondientes reglas presupuestarias, que en el supuesto de la ejecución de sentencias encuentran reflejo en varios preceptos que conviene mencionar.

En efecto, hasta fecha muy reciente (Los preceptos referidos en este párrafo y en el siguiente, contenidos hasta la reforma parcial de 2013, acaban de ser derogados en la última reforma general de ese instrumento legal por el Decreto-Ley 1.401 del 13 de noviembre de 2014. Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014), el artículo 12.1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, disponía que, con el proyecto de ley presupuestaria anual, debían presentarse los estados de cuenta en que se describan la naturaleza y relevancia de los riesgos fiscales, y allí habrían de incluirse, entre otros, las obligaciones contingentes, esto es, aquellas cuya materialización efectiva, monto y exigibilidad dependan de eventos futuros e inciertos, incluidas garantías «...y asuntos litigiosos que puedan originar gastos en el ejercicio...». Por su parte, el artículo 57, segundo aparte, *eiusdem*, ordenaba el pago con cargo al crédito presupuestario que, a tal efecto se incluyera en el respectivo presupuesto de gastos, de «...los compromisos originados en sentencia judicial firme con autoridad de cosa juzgada...», dejando al Reglamento la fijación de los plazos y mecanismos para la aplicación de tales preceptos (71).

(70) En similar sentido, se ha señalado que la demora en el cumplimiento de la sentencia es completamente injustificada y genera indefensión (*Ibidem*, p. 385). Véanse también los cuestionamientos de constitucionalidad formulados al respecto por KIRIAKIDIS LONGHI, *op. cit.*, pp. 210-212, y por CÁNOVA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 338-340, este último refiriéndose a la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989.

(71) La referencia a estas disposiciones presupuestarias también se encuentra en: HERNÁNDEZ G., *El poder de sustitución...*, pp.345-346. Sobre el tema de la ejecución de sentencias condenatorias al pago de cantidades de dinero en el ordenamiento jurídico venezolano

Visto que la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público se aplica a *todo el sector público venezolano* (artículo 6º), tanto a entidades descentralizadas territorial como funcionalmente, nacionales, estatales y municipales, con forma de Derecho Público o de Derecho Privado, el cumplimiento de las sentencias que condenan a la Administración al pago de cantidades de dinero no hubiera tenido por qué retrasarse y, de hecho, no habría razones para esperar siquiera a la inclusión de las correspondientes partidas en los próximos dos ejercicios presupuestarios siguientes a la emanación de la sentencia, por cuanto ese tipo de obligaciones contingentes debían de estar previstas e incluidas en todos los presupuestos anuales. Como puede verse, la regulación del tema en lo procesal no era especialmente coherente con la normativa presupuestaria.

No obstante, como es bien sabido, en muchas ocasiones los obstáculos a la ejecución de las sentencias contra la Administración Pública no vienen determinados tanto por la precariedad del marco legal aplicable sino más bien por la falta de voluntad de la Administración en darle cumplimiento, o peor aún, por la decidida intención de no acatarlas. Ante tales supuestos, el orden jurídico debe prever mecanismos de ejecución forzada, incluyendo, de ser necesario, la ejecución sustitutiva a cargo del patrimonio del perdidoso reticente.

En la hipótesis de desacato de sentencias condenatorias al pago de sumas de dinero, la solución que ofrece el Derecho es ya tradicional. El desapoderamiento forzoso de bienes del perdidoso (embargo ejecutivo) con miras a su venta en pública subasta (remate es el término usual empleado por las leyes venezolanas), con el fin de que el precio de esta última sea usado como medio de pago al vencedor en la contienda procesal de la obligación incumplida y cuya ejecución se acordó judicialmente, o bien que la consecuencia del remate sea la adjudicación de la titularidad de los bienes a la propia parte ejecutante, quien hará valer como postura u oferta en ese remate su propio crédito reconocido a través de la sentencia definitivamente firme, es decir, como título ejecutivo. Se trata de un ejemplo de sustitución ejecutiva arbitrada para solventar el incumplimiento de obligaciones de contenido pecuniario, en la cual el órgano judicial, apoyado por los correspondientes auxiliares de justicia, suple la conducta omisa del condenado en cuanto a darle cumplimiento

antes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, véase el detallado análisis de: ESCUDERO LEÓN, Margarita: *Reflexiones sobre la ejecución de sentencias que condenan al Estado Venezolano al pago de sumas de dinero*. En: *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo II. Tercera Parte. Derecho Administrativo. Civitas Ediciones. Madrid, 2003, pp. 2.322-2.323, disponible también en línea en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fec1/Content/III.6.2.%20LIBRO%20HOMENAJE%20ARBC%20TOMO%20II.pdf> pp. 2.309-2.330.

cabal al fallo dictado en su contra y que le impuso una prestación de dar, en este caso, una cantidad de dinero.

Esa solución, propia del Derecho Privado, también está prevista para el caso de la ejecución contra la Administración en el ordenamiento jurídico administrativo venezolano, como se evidencia de la redacción de los preceptos ya citados tanto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, al remitir a la legislación procesal civil (72). Y la misma tendría que ser aplicable por analogía también en la ejecución de las sentencias contra la República y los Estados, en ausencia de su expresa acogida en el procedimiento de ejecución de sentencias del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, por mandato de las normas constitucionales citadas anteriormente y que regulan el derecho a la ejecución de la sentencia como atributo del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. No obstante, la legislación venezolana consagra de forma bastante irrestricta la prohibición de dictar medidas ejecutivas sobre bienes de la República y los Estados (73), prerrogativa cuya constitucionalidad ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina, pero que en la actualidad cuenta con el respaldo del criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto a su apego al texto fundamental (74).

Resultado de ello, es que solo en algunos ámbitos se acepta en la jurisprudencia y por ende en la práctica forense la posibilidad de acordar y practicar embargos ejecutivos sobre bienes públicos (para ser más precisos, bienes del dominio privado de los Municipios no afectos a la prestación de un servicio público, al uso público o a una actividad de utilidad pública) (75), lo que implica que, en muchos casos la ejecución forzada de las sentencias

(72) Cfr. BREWER-CARIAS, *Nuevas tendencias...*, pp. 228-229; HENRÍQUEZ LARRAZÁBAL, *op. cit.*, pp. 374-378 y 396-399.

(73) No obstante, un sector de la doctrina había puesto de relieve que el artículo 119 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público prevé la práctica de embargos sobre el presupuesto nacional (Cfr. *Ibidem*, pp. 398-399). No obstante, cabe reiterar que tales normas han sido derogadas en la más reciente reforma general del referido instrumento legal.

(74) Véase para más detalle nuestro trabajo: *La inembargabilidad absoluta de los bienes públicos: Un anacronismo desde la perspectiva Iberoamericana. (A propósito de la sentencia 1.582 del 21 de octubre de 2008 de la Sala Constitucional)*. En: Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos (Coord. A. Canónico Sarabia). VI Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Margarita 2014. Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Adiestramiento Jurídico. Caracas, 2014, pp. 167-202, así como la bibliografía allí citada.

(75) Cfr. UROSA MAGGI, *De la actuación del Municipio...*, p. 508. Véanse como ejemplos las decisiones de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia 1.588 del 26 de septiembre de 2007; 1.769 del 7 de noviembre de 2007, 165 del 24 de febrero de 2010 y 319 del 10 de marzo de 2011. También se ha decretado recientemente el embargo ejecutivo sobre bienes del dominio privado «no afectados al interés público» de entidades

queda librada, en última instancia, a la buena voluntad de la Administración condenada. Consecuencia inaceptable en un Estado de Derecho y contraria a los principios y derechos constitucionales ya esbozados previamente, por las razones que ya también fueron expuestas.

Veamos de seguidas el régimen de ejecución de sentencias condenatorias a otras prestaciones de dar.

b) Sentencias que condenan a prestaciones de dar otros bienes

Establece el artículo 110.2 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

Cuando en la sentencia se hubiese ordenado la entrega de bienes, el tribunal la llevará a efecto. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, servicio público o actividad de utilidad pública, el tribunal acordará que el precio sea fijado mediante peritos, en la forma establecida por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. Fijado el precio, se procederá como si se tratase del pago de cantidades de dinero.

Por su parte, el artículo 159.2 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal dispone:

Cuando en la sentencia se hubiere ordenado la entrega de algún bien el tribunal llevará a efecto la entrega. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a un servicio público o a una actividad de utilidad pública, el Tribunal, a petición de parte, acordará que el precio sea fijado mediante peritos en la forma establecida por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. Fijado el precio, se procederá como si se tratase del pago de cantidades de dinero (76).

A su vez, el artículo 88.2 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República estatuye:

Si se trata de entrega de bienes, el Tribunal debe poner en posesión de los mismos a quien corresponda. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a actividades de utilidad pública o a un servicio público, el Tribunal debe acordar la fijación del precio mediante avalúo realizado por tres peritos, nombrados uno por cada parte y el tercero de común acuerdo. En caso de desacuerdo, el tercer perito es nombrado por el Tribunal.

estatales con forma de Derecho Privado (sentencia de la Sala Político-Administrativa 629 del 6 de julio de 2010).

(76) Como destaca la doctrina, este precepto se basa en el artículo 104 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal (UROSÁ MAGGI, *De la actuación del Municipio...*, p. 508). Véase también: BREWER-CARIAS, *Nuevas tendencias...*, pp. 227-228.

Más allá de la diferencia de matices en la redacción de los tres preceptos, una primera observación que puede hacerse es que la solución legislativa apunta a pasar directamente —ante la imposibilidad legal de hacer entrega de un bien determinado motivado a razones de interés general— al cumplimiento por equivalente. A nuestro modo de ver, el legislador debió contemplar una opción previa, a saber, entregar un bien con características semejantes al que ha sido objeto de la controversia, o a aquel cuya entrega fue ordenada por la decisión. Lo contrario, que es lo que parece haber dado por sentado el Derecho Positivo, es que los bienes a entregar serían infungibles en *todos* los casos, lo cual, aunque sea la regla general, no tiene por qué *siempre* ser así.

En otros términos, el que el dinero sea un bien fungible por excelencia, no autoriza a pensar que en caso de que la sentencia ordene la entrega de otro tipo de bienes, estos serán *siempre* infungibles. Piénsese por ejemplo en la entrega de una maquinaria propiedad del contratista empresario y de la cual había sido ilegítimamente despojado por la Administración como consecuencia del uso desproporcionado y arbitrario del poder de rescisión unilateral del contrato. En tal caso, si el ente público condenado es titular de una maquinaria semejante o equivalente, y esa no está siendo utilizada o afectada en ese momento para la realización de una actividad de interés general (uso público, servicio público o actividad de utilidad pública), en principio no parece descartable la sustitución de tales bienes, que no tienen por qué considerarse siempre irremplazables. También en el caso de mercancías no perecederas u otros productos, la fungibilidad puede estar presente. La discusión por supuesto, podría darse en la determinación de hasta dónde llega o no la equivalencia o equiparación, pero ese es otro asunto que habría de resolverse en la misma fase de ejecución a través del correspondiente debate probatorio.

Quizá el legislador tuvo en mente más bien la hipótesis de bienes inmuebles, pero incluso en tal caso, aparte de que debió haber pensado en los otros tipos (muebles o semovientes), tampoco puede descartarse de entrada toda posibilidad de sustitución por otro semejante, siempre que tal reemplazo no resulte perjudicial al derecho del ejecutante (y tampoco al interés general) a la luz del caso concreto, por razones de ubicación geográfica u otras características. Todo lo cual, se insiste, sería susceptible de discusión y resolución en la correspondiente incidencia en la misma etapa de ejecución.

De allí que, tomando en consideración que el cumplimiento por equivalente debe ser siempre la opción secundaria, mientras que prioritariamente habrá de ser en especie o *in natura*, o en todo caso, de la forma más cercana a ese último, consideramos que, en atención al derecho constitucional a la ejecución cabal del fallo no puede descartarse *a priori* la posibilidad de entregar un bien en reemplazo. Ello por supuesto, haciendo abstracción del problema relativo a la determinación de la fungibilidad o no de un bien a la luz del caso particular.

Un segundo comentario debe referirse al laconismo legislativo, que se limita a señalar que en caso de condenas a dar, debe hacerse la entrega, sin mayor detalle (77). En casos en que la parte obligada es la Administración, cabe plantearse si no resultaba conveniente mayor regulación, pues el vacío en ese punto obliga a acudir a las normas procesales generales en cuanto a la entrega material de bienes contemplada para el proceso civil, y no pensadas por ende para el caso en que se está frente al Poder Público, con todas los problemas que implica hacer uso de la fuerza pública en tales casos (78).

Un tercer elemento a destacar, es que llama la atención el que, en el caso del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el justiprecio que procede ante la imposibilidad legal de hacer entrega de los bienes, no se tramite por el procedimiento establecido en la legislación expropiatoria, sino por el destinado a regular la prueba de experticia en el proceso civil, que parece ser el instrumento legal aplicable supletoriamente vista la insólita carencia de regulación en materia de medios probatorios que presenta la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Además de lo cuestionable que luce tal solución por su falta de uniformidad, lo cierto es que la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social regula con mayor detalle y está concebida precisamente para la determinación del justo valor de bienes que son necesarios para la satisfacción del interés general, en tanto que las disposiciones que contempla el Código de Procedimiento Civil son más genéricas en este caso (79). De allí que resulta plausible proponer la aplicación de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social también en esta hipótesis, siguiendo las orientaciones de los otros dos instrumentos legales que regulan la ejecución de sentencias contra la Administración.

Por último, cabe reiterar que, en atención al principio *pro actione* y con el fin de darle preponderancia al marco constitucional, se impone una interpretación estricta y rigurosa en lo que se refiere a la afectación de los bienes a un fin de verdadero interés general como causal de imposibilidad legal, lo

(77) La parquedad del precepto es también puesta de relieve por UROSA MAGGI, *De la actuación del Municipio...*, p. 509.

(78) Y es que, como se ha señalado, frente a tales hipótesis, la materialización de la sentencia (desposesión y entrega del bien) «...generará numerosos problemas relativos a la manera en que el Juez deba asistirse de la fuerza pública para imponerse a la propia Administración Pública» (HENRIQUEZ LARRAZÁBAL, *op. cit.*, p. 385).

(79) KIRIAKIDIS LONGHI, *op. cit.*, p. 213, considera que la solución supone un problema, por cuanto la legislación expropiatoria lo que prevé es el procedimiento para justipreciar bienes, y no para valorar obligaciones. Ello es cierto, pero hay que considerar que el objeto de la prestación en este caso es en última instancia la entrega de bienes, por lo que sí nos parece aplicable la remisión a los mecanismos de valoración previstos en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

que implica que tal destinación, que habrá de ser directa y específica, resulte debidamente comprobada en las actas del expediente (80).

Veamos a continuación los dos procedimientos de ejecución de sentencias condenatorias que se prestan quizá a mayores complicaciones teóricas y dificultades prácticas, y que paradójicamente, son los de más precaria regulación, a saber, los fallos que ordenan el cumplimiento forzoso de las sentencias condenatorias a la realización de conductas activas o pasivas.

c) Sentencias que condenan a prestaciones de hacer

El artículo 110.3 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ordena lo siguiente:

Cuando en la sentencia se hubiese condenado al cumplimiento de una obligación de hacer, el tribunal fijará un lapso de treinta días consecutivos para que la parte condenada cumpla. Si no fuese cumplida, el tribunal procederá a ejecutar la sentencia. A estos fines, se trasladará a la oficina correspondiente y requerirá su cumplimiento. Si a pesar de este requerimiento la obligación no fuese cumplida, el tribunal hará que la obligación se cumpla. Cuando por la naturaleza de la obligación, no fuere posible su ejecución en la misma forma como fue contraída, el tribunal podrá estimar su valor conforme a lo previsto en este artículo y proceder a su ejecución como si se tratase de cantidades de dinero.

En el caso de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, su artículo 159.3 dispone:

Cuando en la sentencia se hubiere condenado al cumplimiento de una obligación de hacer, el Tribunal, a petición de parte, fijará un lapso de treinta días consecutivos para que el Municipio o la entidad municipal correspondiente proceda a cumplir con la obligación. Si ella no fuere cumplida, el Tribunal, a petición de parte, procederá él mismo a ejecutar la sentencia. A estos fines, se trasladará a la oficina municipal correspondiente y requerirá al ente municipal para que cumpla con la obligación. Si a pesar de este requerimiento la obligación no fuere cumplida, entonces el Tribunal sustituirá al ente municipal y hará que la obligación de hacer sea cumplida. Para el caso de que, por la naturaleza de la obligación, no fuere posible que el Tribunal la ejecutare en la misma forma en que fue contraída, entonces se estimará su valor y se procederá a su ejecución como si fuere una cantidad de dinero.

(80) Con ello se evita el riesgo planteado por GALLOTTI, *op. cit.*, p. 147, en cuanto a que cualquier activo del Estado está destinado directa o indirectamente a una actividad de utilidad pública, por lo cual siempre resultaría inaplicable la entrega material de los mismos como forma de cumplimiento en especie, debiendo entonces el ejecutante conformarse con el cumplimiento por equivalente.

Nada regula al respecto el Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Ahora bien, una primera observación a formular respecto a la redacción de ambos preceptos es que, en lo que debería ser la fase de ejecución forzada, se repite —una vez más— un primer trámite propio de la etapa de cumplimiento voluntario (81). No otra cosa parece poder interpretarse del otorgamiento de un nuevo plazo —bastante extenso además— a la Administración perdidosa para que dé cumplimiento a lo que no hizo en la fase anterior. Por consiguiente, además de la escasa coherencia de tales normas con las reglas de la preclusión procesal y del orden consecutivo de los lapsos procedimentales, destaca a nuestro modo de ver la extrema «deferencia» para con el Poder que muestra también esta regulación (82).

Al margen de lo anterior, seguidamente las normas señalan que, ante el nuevo incumplimiento voluntario, el juez contencioso-administrativo debe proceder a ejecutar la sentencia, redacción que parece apuntar al empleo de la potestad de sustitución ejecutiva del mismo, lo que corroboraría el énfasis que emplea la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, al referirse a que el juez ejecutará «él mismo».

No obstante, el resto de ambos preceptos evidencia la escasa coherencia con la redacción previa, y sobre todo, instaura restricciones preliminares al ejercicio de tal potestad judicial. Ello se constata al imponerse al juez la obligación de trasladarse a las oficinas de la entidad ejecutada y requerir previamente el cumplimiento. No le encontramos justificación a tal dispositivo, puesto que no parecen hayarse razones para presumir que el hecho de que la autoridad judicial acuda personalmente a intimar al correspondiente funcionario vaya a influir de tal forma que cambie la actitud remisa de éste, aunque quizá el Legislador le dio especial importancia al componente psicológico —si cabe la expresión— de la presencia física del juez y de su *auctoritas* frente al funcionario administrativo de turno.

Por nuestra parte, más bien nos parece que en algunos supuestos hasta podría resultar contraproducente tal proceder, sobre todo porque se impone de forma obligada en todos los casos. Ello habida cuenta de que, tomando en consideración la generalizada actitud de los jefes administrativos, incluso hasta podría originar que el juez quedara más bien desautorizado o al menos desairado, si por ejemplo no se le permite el ingreso a la sede física de la

(81) En similar sentido: HENRÍQUEZ LARRAZÁBAL, *op. cit.*, p. 391.

(82) En similar sentido, se ha criticado que este —ya el tercero— requerimiento a la Administración para que dé cumplimiento a la decisión, no constituye otra cosa que una nueva fase de cumplimiento voluntario (Cfr. UROSA MAGGI, *De la actuación del Municipio...*, p. 510).

Administración condenada, o si el o los funcionarios administrativos muestran una conducta poco respetuosa para con éste.

Tratándose de la Administración Pública de un país como Venezuela, y lamentablemente también de su Poder Judicial (83), mucho más en la actualidad, nos permitimos entonces no solo dudar de la utilidad de imponer al juez contencioso-administrativo ese proceder, sino que hasta nos preguntamos si en ciertos casos no resulta riesgoso y poco favorable a la ejecución forzada (84).

Luego de esta actuación material del juez contencioso-administrativo, encontramos lo que en nuestro criterio es el verdadero núcleo de los preceptos, y que significativamente encuentra disparidad según se trata de la redacción de cada artículo en las leyes respectivas. Ello por cuanto, si bien en ambos casos procede la continuidad de la ejecución ante el incumplimiento —en realidad el inicio de la fase de ejecución forzada propiamente— por parte de la Administración perdidosora, en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la redacción indica que: «...el Tribunal sustituirá al ente municipal y hará que la obligación de hacer sea cumplida» (negritas añadidas), con lo que queda claro que se trata del conferimiento sin mayores cortapisas —al fin— del poder de sustitución ejecutiva (85), que por supuesto vendrá determinado por los condicionamientos que señala la doctrina al respecto, en cuanto a la susti-

(83) Y es que, como señala la doctrina, para la mayoría de los jueces contencioso-administrativo venezolanos, la ejecución forzosa de las sentencias no se concibe como un poder de sustitución o subrogación en la Administración sino como una facultad de mera exhortación, como demuestran varios ejemplos (HERNÁNDEZ G., *El poder de sustitución...*, p. 340-341). Véase también: ÁLVAREZ CHAMOSA, María Lidia: *Visión de la tutela judicial efectiva: Ejecución de las sentencias contra el Estado en Venezuela*. En: Reforma del Estado y transformación del Derecho Administrativo. Colección Libros de Actas de Congresos y Jornadas. España, pp. 472-489. Libro disponible en línea: <http://www.bubok.es/libros/232196/Reforma-del-Estado-y-Transformacion-del-Derecho-Administrativo>. Esa situación, descrita hace dos décadas en los siguientes términos: «Lamentablemente han sido frecuentes los casos de resistencia a la ejecución de sentencias contencioso-administrativas, y en cambio no ha sido frecuente el uso de medios coercitivos por los jueces para hacer cumplir las sentencias» (BREWER-CARIAS, *Nuevas tendencias...*, p. 235), hoy en día está mucho más acentuada, al punto que se ha llegado a sostener que: «los órganos de administración de justicia no parecieran tener intención de exigir verdaderamente a la Administración Pública el cumplimiento de lo ordenado y decidido (...) la mayor reflexión pudiera estar destinada a la actitud pasiva de los tribunales a la hora de requerir de los órganos y entes públicos el cumplimiento de los mandatos jurisdiccionales» (GALLOTTI, *op. cit.*, p. 153).

(84) Y es que, como se ha señalado respecto al caso venezolano: «...ni los órganos del Poder Público son buenos cumplidores espontáneos de las sentencias, ni los órganos judiciales han contado con los Poderes necesarios para hacer ejecutar sus fallos, incluso de manera forzosa» (HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *La ejecución de sentencias...*, p. 330).

(85) En similar sentido: HENRÍQUEZ LARRAZÁBAL, *op. cit.*, p. 390; ESPINOZA, Alexander y Jhenny Rivas: *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Aspectos Fundamentales*, 3ª. Edición. Instituto de Estudios Constitucionales. Caracas, 2013, pp. 387-388.

tución ante las hipótesis de inactividad formal o material, y sobre todo, frente al ejercicio de potestades predominantemente discrecionales.

Pero paradójicamente, en la Ley más reciente y en la que debería regularse de mejor manera el asunto incluso pues es el instrumento destinado a normar de forma específica y especializada el asunto, a saber, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la redacción se limita a señalar de forma lacónica que: «...*el tribunal hará que la obligación se cumpla*». La escasa atención al tema es inversamente proporcional al interés con que la doctrina venezolana ha venido estudiando el punto desde hace décadas. En efecto, contrasta la parquedad legislativa porque precisamente uno de los supuestos en que tanto la jurisprudencia como la doctrina venezolana han aportado importantes desarrollos, dentro de las limitaciones de cada época, respecto incluso al tema del poder de sustitución del juez contencioso-administrativo, es en la ejecución de sentencias condenatorias a hacer frente a la inactividad de la Administración.

No obstante la precariedad de esa última redacción, consideramos que se impone una interpretación conforme a la Constitución de tal artículo, y que el mismo debe ser entendido de forma similar a como se establece en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, a saber, como la consagración cabal del poder de sustitución ejecutiva del juez contencioso-administrativo en la Administración perdidosa y negada a darle cumplimiento voluntario al fallo dictado en su contra. De igual forma, también por análogos imperativos constitucionales, ante el vacío regulatorio del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, consideramos perfectamente aplicable la analogía para el caso de sentencias condenatorias a prestaciones de hacer contra la República y los Estados.

Como puede verse, la regulación de la potestad de sustitución ejecutiva en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa frente a la inactividad administrativa es en extremo limitada, si se la considera dentro del contexto de leyes procesales administrativas Iberoamericanas dictadas en los últimos tres lustros. Apenas una mención incidental, y para nada la obligada referencia a la posibilidad del cumplimiento de este tipo de condenas por terceros con cargo al patrimonio de la Administración ejecutada (86). No obstante,

(86) Es la solución planteada en la doctrina española por BELTRÁN DE FELIPE, *op. cit.*, pp. 390-424, y con especial detalle por MARTÍN DELGADO, *La ejecución subrogatoria..., in totum*; sobre la base de las reglas procesales generales. En análoga orientación, se ha criticado la falta de regulación detallada del ejercicio del poder de sustitución ejecutiva del juez contencioso-administrativo, que dependerá de la naturaleza de la prestación de hacer que se haya ordenado, y se ha hecho referencia a las diversas modalidades de ésta (UROSA MAGGI, *De la actuación del Municipio...*, pp. 510-513). Véase también, sobre las variadas modalidades del poder de sustitución del juez contencioso-administrativo en el contenido de

en nuestro criterio esa solución legislativa, que ha venido siendo estudiada y desarrollada por la doctrina y la legislación Iberoamericana, tiene también aplicación en el supuesto venezolano, aún ante el silencio de la Ley, valiéndose de las reglas generales de la legislación procesal civil y en atención al marco constitucional de la ejecución de las sentencias antes expuesto. En caso contrario, el mero silencio legal permitiría burlar el control y tutela judicial del juez contencioso-administrativo frente a una Administración reticente a sujetarse a los cánones de la juridicidad del Estado de Derecho.

Por último, entendemos que la referencia final de tales disposiciones a la imposibilidad de ejecución *in natura* de la sentencia sobre la base de la naturaleza de la obligación, se refiere a las obligaciones de hacer personalísimas (87), que por cierto, como bien señala la doctrina citada aquí reiteradamente, caso de existir, serían excepcionales tratándose de que la parte condenada sea una Administración Pública. Solo en esos últimos y contados supuestos, así como una vez agotados los medios de persuasión o compulsión para el logro del cumplimiento voluntario, es que procedería el cumplimiento por equivalente a través de la correspondiente indemnización pecuniaria (88).

d) Sentencias que condenan a prestaciones de no hacer

Dispone el artículo 110.4 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

Quando en la sentencia se hubiese condenado a una obligación de no hacer, el tribunal ordenará el cumplimiento de dicha obligación.

A su vez, establece el artículo 159.4 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal:

Quando en la sentencia se hubiere condenado a una obligación de no hacer, el Tribunal, a petición de parte, ordenará el resarcimiento del daño que se derive del incumplimiento de la obligación de no hacer.

la sentencia (sustitución declarativa) y en su ejecución (sustitución ejecutiva), en el caso venezolano: HERNÁNDEZ G., *El poder de sustitución...*, pp. 330-344; HERNÁNDEZ G., *Ejecución de la sentencia...*, pp. 314-323;

(87) Para UROSA MAGGI, *De la actuación del Municipio...*, p. 513), tales términos deben entenderse como referidas al ejercicio de potestades de alto contenido de discrecionalidad.

(88) Y es que como se señala en: *Ibidem*, p. 513: «...antes de proceder a estimar el valor económico de la obligación y realizar su novación por una obligación dineraria como cumplimiento por equivalente —que es la consecuencia que a estos casos da la Ley—, deberían agotarse los modos de cumplimiento en especie y por tanto utilizarse medios coercitivos en contra del ente condenado, persuadiéndolo para que cumpla definitivamente el fallo».

Son esas dos disposiciones —nada establece tampoco para esta hipótesis el Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República—, la base normativa para regular uno de los asuntos más problemáticos en el ya de por sí difícil tema de las potestades del juez contencioso-administrativo y, específicamente, en la fase de ejecución de sentencias. Ello dice mucho —a nuestro entender— de la escasa atención que prestó el Legislador a tal asunto.

En ese sentido, la norma contenida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en realidad establece muy poco al respecto. Se trata de una redacción que linda en lo tautológico, puesto que establecer como consecuencia jurídica el que, ante una sentencia condenatoria, debe ordenarse el cumplimiento de esta, es casi tanto como decir nada (89).

Peor aún es la solución planteada en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal en este punto, puesto que el dispositivo correspondiente establece que, ante la hipótesis de una sentencia condenatoria a no hacer, debe ordenarse el resarcimiento del respectivo daño por el incumplimiento, esto es, por la inactividad (90). En ese sentido, como ha señalado la doctrina, la solución legislativa implica optar por el cumplimiento por equivalente, es decir, la indemnización, sin que haya razones que justifiquen tal proceder antes de haber agotado las formas y mecanismos directos e indirectos de ejecución de sentencias ante obligaciones de no hacer (91).

De allí que, incluso un Legislador en extremo conservador, al menos hubiera debido darle basamento en el Derecho Positivo a las soluciones estu-

(89) La redacción ha sido calificada como vacía o tautológica también por: HENRÍQUEZ LARRAZÁBAL, *op. cit.*, pp. 394-395. Véanse asimismo los cuestionamientos a esta disposición planteados por KIRIAKIDIS LONGHI, *op. cit.*, pp. 213-214.

(90) La redacción del precepto de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal es ambigua. El daño que según el mismo debe resarcirse ¿es el producido por la constatación en la sentencia definitiva del incumplimiento de la obligación de no hacer que motivó la interposición de la pretensión de condena a actuación ante la conducta omisa de la Administración, el ocasionado por el desacato de la sentencia condenatoria, o ambos? Cualquiera de las hipótesis es inaceptable, puesto que en el primer caso la condena a indemnizar será consecuencia de la orden de hacer lo debido y ya estará en el texto de la sentencia, y en el segundo se trata de un pase automático a la ejecución por equivalente, sin haber intentado siquiera la ejecución en especie, en contravención con las reglas aplicables ya expuestas.

(91) Cfr. UROSA MAGGI, *De la actuación del Municipio...*, p. 514. Tal solución legislativa no es admisible a la luz de un examen de constitucionalidad y del principio *pro actione*, toda vez que, si bien es cierto que el cumplimiento por equivalente no es *per se* inconstitucional, este debe basarse en una causa legal y en razones atendibles, puesto que «*La denegación de la ejecución no puede ser pues, arbitraria ni irrazonable ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación respectiva del derecho fundamental del artículo 41.1 C.E.*» (PICÓ I JUNOY, *op. cit.*, p. 79).

diadas por la doctrina (92). Se trata, reiterando lo ya expuesto, de una de las mayores deficiencias que presenta la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (93).

Ante ello, una vez más, la única solución plausible a la luz de los imperativos constitucionales es la de acudir a los principios y reglas del Derecho Procesal, incluyendo la analogía con las normas procesales civiles (94). Por ende, se impondrá optar por el ejercicio del poder de sustitución ejecutiva del juez contencioso-administrativo sobre la base de los desarrollos doctrinarios, en atención, cabe aquí la referencia reiterada, al derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, en este caso, frente al primigenio incumplimiento de una obligación de no hacer o negativa contenida en la correspondiente norma atri-

(92) En el caso del proceso administrativo, la sustitución ejecutiva ordenada por el Tribunal y ejecutada por un tercero, sea una Administración Pública distinta a la condenada, o incluso por un particular, con cargo al patrimonio de la parte perdidosa, es perfectamente admisible, como se evidencia de la bibliografía citada en este trabajo. Solo en caso de obligaciones infungibles o de amenaza cierta al interés general, es cuando procedería el cumplimiento por equivalente. Para el caso de sentencias condenatorias a prestaciones de hacer, véase en la doctrina venezolana, entre otros: UROSA MAGGI, Daniela: *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2003, pp. 451-469; RODRÍGUEZ COSTA, Manuel: *Control de la inactividad administrativa*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2005, pp. 51-119.

(93) Al respecto, ha señalado la doctrina, comentando la regulación previa a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero que es plenamente aplicable a ésta dado su continuismo con relación a la legislación anterior, que: «...el proceso de ejecución de sentencias no es uniforme, simple y eficaz, lo que constituye una contravención del artículo 257 de la Constitución, por el contrario, consiste en un proceso engorroso en lo que respecta a los trámites y plazos a seguir; variable, en función del sujeto obligado a cumplir el fallo de manera voluntaria o forzosa; e ineficaz, desde el mismo momento en que el legislador deja abierta la posibilidad de que ni siquiera se presente una propuesta racionalmente aceptable de ejecución voluntaria de sentencia por la autoridad pública condenada o que se diluya la ejecución forzosa en un proceso que puede durar años» (HERNÁNDEZ-MENDIBLE, *La ejecución de sentencias...*, pp. 352-353). Con relación a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la misma obra comenta el autor lo desacertado de las soluciones adoptadas: «La regulación es continuista de la situación precedente, sin mayor brillo el legislador se ha limitado a reproducir o remitir a la legislación precedente, en materia de ejecución de sentencias» (*Ibidem*, p. 361). En similar sentido, véase el trabajo de HERNÁNDEZ— MENDIBLE, Víctor Rafael: *Los Recursos de Apelación, Especial de Jurisdicción y la ejecución de sentencias en el proceso administrativo*. En: *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Vol. I. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2010, pp. 161-165.

(94) Así, por ejemplo, establece el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil venezolano: «Si en la sentencia se hubiere condenado al cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, el juez podrá autorizar al acreedor, a solicitud de éste, para hacer ejecutar él mismo la obligación o para destruir lo que se haya hecho en contravención a la obligación de no hacer, a costa del deudor».

butiva de potestad, incumplimiento que a su vez dio lugar a la correspondiente interposición de la pretensión de condena a no hacer (precisamente ante el hacer o actividad ilegítima) y a su correlativa sentencia.

Visto este panorama del tratamiento por el Derecho Positivo de la ejecución de las sentencias contra la Administración en el proceso administrativo venezolano, la conclusión a la que puede llegarse, incluso sin pretender haber agotado el estudio del tema, es que la regulación de este es por decir lo menos precaria y notablemente alejada de los postulados doctrinarios que se vienen manejando en la doctrina Iberoamericana desde hace décadas. Incluso de las soluciones del Derecho Positivo que en un primer momento aportó la Ley Española del contencioso-administrativo de 1998, y que han venido a desarrollar más recientemente las leyes peruana, costarricense y colombiana, por solo citar tres ejemplos.

Queda entonces acudir a los principios generales del Derecho Administrativo y Procesal, en atención a las correspondientes bases constitucionales, para darle coherencia y eficacia a la deficiente regulación venezolana en materia de ejecución de sentencias contra la Administración, vista la oportunidad perdida por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010 para haber, si no puesto al día en su totalidad, al menos considerado las tendencias actuales en la materia, con el fin de materializar el marco constitucional que impone la Carta Fundamental de 1999 y los Convenios Internacionales que abordan el derecho a la tutela judicial efectiva (95).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El tema de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas y sus principales problemas se inserta en el más general de la evolución del Derecho Procesal Administrativo, a la vez que se vincula con el siempre polémico punto atinente a la delimitación de los poderes o potestades del juez contencioso-administrativo como contralor de la Administración. En ese sentido, el marco conceptual de estos asuntos en la actualidad venezolana alcanzó cierto grado de depuración teórica y práctica, sobre todo si se toman en cuenta los lineamientos constitucionales, el desarrollo doctrinal e incluso algunos precedentes judiciales dictados en las últimas décadas del pasado siglo, y hasta decisiones

(95) De allí que no compartimos las optimistas apreciaciones finales sobre el régimen de ejecución de sentencias en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de HENRÍQUEZ LARRAZÁBAL, *op. cit.*, p. 399. Y ello pues el autor afirma que con tal normativa se habría dado un paso adelante en la búsqueda de una jurisdicción contencioso-administrativa que realmente constituya una garantía de justicia. De hecho, tal conclusión nos parece inusual vistas las críticas que se formulan en ese mismo trabajo a tal regulación.

de la Sala Político-Administrativa del año 2000, que recogieron el basamento principalista de esta materia, al margen de la precaria concreción y aplicación jurisprudencial de este a partir del año 2001.

No sucedió así con el Derecho Positivo. La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010 no avanzó mucho más allá de la regulación de la derogada reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, con el agravante de que ni siquiera uniformó el régimen de la ejecución de las sentencias en el proceso administrativo, sino que añadió una nueva regulación a las ya existentes, cada uno aplicable dependiendo de la naturaleza de los entes públicos o estatales condenados. Es así que el tema de los límites del poder de sustitución declarativa y ejecutiva en la Administración es una materia aún pendiente de regulación en el contencioso-administrativo venezolano, más allá de alguna referencia incidental en el Derecho Positivo. Igual cabe decir para el caso del régimen de ejecución de las condenas pecuniarias a la Administración, sometido a un sinnúmero de obstáculos legales que —salvo a los ojos de nuestro legislador— hoy en día han sido superados.

Mención aparte merece el contraste de la legislación con algunas iniciativas jurisprudenciales que tuvieron lugar en las dos últimas décadas del siglo pasado, y que contribuyeron a promover el estudio y desarrollo del tema del control judicial de la inactividad administrativa, en el caso venezolano, enfocadas en el control de la inactividad mediante el «recurso por abstención o carencia» (96). En es sentido, el álgido tema de las potestades de sustitución declarativa y ejecutiva del juez contencioso-administrativo fue abordado en la hipótesis de inactividad formal de la Administración. Se trató, con sus limitaciones, de una importante iniciativa para contribuir con la consolidación del control judicial integral de la actividad administrativa, y por tanto, con la cláusula de universalidad del contencioso-administrativo como garantía plena de la justiciabilidad de todas las manifestaciones de la actividad administrativa.

Esas primeras expresiones, no obstante haber sido en cierta manera reforzadas con los aportes de más reciente doctrina (97) y con algunos criterios jurisprudenciales en el plano de los principios aportados por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la década pasada (98), no tuvieron su desarrollo más reciente ni en el tema de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas, ni adecuada recepción en la Ley Orgánica de la

(96) Cr. ROMERO MUCI, *op. cit.*, pp. 165-175, CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: *El Recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*. Universidad Católica «Andrés Bello». Caracas, 1999.

(97) Véanse, además de los ya citados en este trabajo, entre otros: UROSA MAGGI, *Tutela judicial...*, pp. 422-427; RODRÍGUEZ COSTA, *op. cit.*, pp. 160-162.

(98) Véase por ejemplo, la decisión de la Sala Político-Administrativa 1671 del 18 de julio de 2000.

Jurisdicción Contencioso Administrativa. Mucho menos en la práctica jurisprudencial actual de los tribunales contencioso-administrativos. Por ello, resalta en este trabajo la escasa referencia a decisiones judiciales que se hayan dictado y ejecutado una vez vigente la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

No obstante, existe un soporte doctrinal claro e inequívoco y unas bases constitucionales que permiten suponer que —en algún momento— el desarrollo del tema de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas seguirá su curso, poniéndose al día con las circunstancias actuales. Ante ello, es dable esperar que en un futuro este trascendente asunto encuentre más soporte jurisprudencial que comentar y que se restablezca el necesario diálogo entre la doctrina, a través del «poder normativo» (99) de esta, y la jurisprudencia, en el Derecho Administrativo venezolano.

(99) Esta referencia al «poder normativo de la doctrina», entendida no literalmente, «...se refuerza por la unión personal entre operadores jurídicos (empleados administrativos, magistrados, legisladores) y científicos del Derecho, aunque no sean profesores, que es característica de muchos países. En diversa medida, en Italia, Francia, en la República Federal de Alemania, etc., magistrados y funcionarios escriben artículos y libros, profesores de Derecho se sientan en el Parlamento y ejercen la profesión de abogado o asesor, etc.» (CASSESE, Sabino: *Las bases del Derecho Administrativo*. Traducción de Luis Ortega. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1994, p. 80).

BIBLIOGRAFÍA

BOTO ALVAREZ, Alejandra: *El enigma de la descentralización funcional. La utilidad de otros modelos en la reforma de la Administración española*, Erasmus ediciones, Barcelona, 2013

El trabajo que la editorial Erasmus ha publicado de la autora, ya conocida entre nosotros, Alejandra BOTO, incide en un tema ya por ella trabajado y que encontró reflejo en la edición de la obra *La Administración instrumental en el proceso*, editado por Reus, Madrid, 2011. Dentro de los artículos habría que reseñar el de título: «Las agencias estatales como nuevo modelo organizativo general», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2007, 726, pp. 1 a 8. La línea iniciada con esos trabajos continúa con este nuevo *El enigma de la descentralización funcional*, nombre creativo y oportuno, porque ciertamente la evolución de esta figura y el resultado de la misma tiene un cierto carácter enigmático. La descentralización funcional, al igual que los temas de organización administrativa, constituyen un elemento central en el Derecho administrativo, y no solo en esta rama del Derecho, aunque su tratamiento no recibe quizá la atención que debiera. No se puede decir que sea un campo olvidado, pero sí no suficientemente atendido.

La organización administrativa está sufriendo una evolución a marchas aceleradas. Con ello no se está haciendo referencia solamente a la transformación que en toda Europa se produce como consecuencia del surgimiento de entes como la Unión Europea, o de la evolución de los propios Estados federales, regionales o autonómicos. Este es un campo que evidentemente preocupa y que recibe una importante atención doctrinal. Sin embargo, la administración instrumental, lo que la autora denomina la descentralización funcional, está teniendo cada vez una evolución más significativa en todos los ordenamientos jurídicos europeos, también en la propia Unión Europea, y además de forma acelerada. Surgen nuevas figuras de administración instrumental, o adquieren una importancia estelar las denominadas Administraciones independientes. Esta explosión organizativa, que se refleja en muchas otras formas de organización, muchas de Derecho privado, otras desdibujadas, con una mezcla de componentes de Derecho privado y de Derecho público. En otros casos, son sectores enteros del ordenamiento jurídico administrativo los que se ven sometidos a la intervención de entes de todo tipo, donde antes solamente habían participado los poderes públicos. Piénsese en el propio ámbito universitario, con los múltiples procedimientos de control y acreditaciones de calidad, de adecuación a las normas, de valoración de méritos académicos o de méritos de investigación, de valoración de las revistas y de creación de

bancos de datos, muchos de ellos totalmente ajenos a lo público y totalmente privatizados. En algunos casos se podría decir también que inadecuadamente privatizados, porque esconden prácticas claramente monopolistas en la determinación de aquellos componentes o elementos que distinguen la calidad de las editoriales. Pero no se quiere avanzar en esta línea, sino volviendo al motivo central de la autora, reseñar la importancia que tiene el hecho de que se haya fijado en un tema, que tal como se ha dicho, no estaba recibiendo la suficiente atención doctrinal.

El trabajo plantea una reflexión sobre lo que se ha dado en llamar históricamente la Administración institucional, entendida ésta en un sentido amplio, es decir de todos aquellos organismos públicos descentralizados por funciones, que están todos ellos dotados de personalidad jurídica propia, y que tienen como finalidad la de gestionar determinados bienes o actividades, o la persecución de fines de un sector determinado, todo ello, tal como nos recuerda la autora, para lograr una Administración más eficiente y flexible. A pesar de ese componente clásico que se podría aducir de esta materia, no ha sido suficientemente atendida, tal como se ha señalado anteriormente. En lo que hace referencia a la legislación, habría que remitirse a la Ley de entidades estatales autónomas, que después se ve afectada por la legislación presupuestaria de 1988 o por la LOFAGE de 1997, normas todas ellas que no dejan de manifestar la dificultad de realizar una regulación unitaria, al menos en algunos de sus componentes, de estas Administraciones. Tal como hace la autora al inicio del trabajo, a pesar de los diferentes tipos de Administración institucional existente, no debe decaer el intento y desde luego la esperanza de «crear un estatuto común para todo el sector público que fije los límites para el ejercicio de la potestad de autoorganización».

Esta búsqueda de ese estatuto común no es sencilla, por una consideración normativa muy clara. Si es una ley la que puede regular el carácter genérico de la Administración institucional, su creación también procede de normas con rango de ley, lo que les permite precisamente no respetar la normativa general.

Este hecho lleva a la autora, creo que de manera inteligente y adecuada, a buscar una respuesta a estos interrogantes en otros sistemas jurídicos, para ver si de alguna manera podemos encontrar «pistas» que puedan favorecer la búsqueda o el planteamiento de soluciones propias, sean éstas adoptadas en el ámbito estatal o en el ámbito autonómico. En la búsqueda de estos modelos comparados acude la autora al Derecho italiano, de interés por tratarse de la misma raíz latina en su concepción del Derecho, y al Derecho canadiense, donde se puede encontrar doblemente la tradición inglesa, debidamente modalizada por la norteamericana, y la tradición del Québec, anclada en el Derecho francés. Dos situaciones alejadas, en definitiva ilustrativas de las diferencias

y de aquellos aspectos comunes, de respuesta a un mismo problema, que interesa tener en cuenta.

Acudir al Derecho comparado tiene sus dificultades, ya que muchos casos, con los mismos nombres, esconden realidades muy diferentes. Cuando la autora analiza los entes públicos no territoriales en Italia, comprueba, desde el principio, que la propia noción de ente público en el Derecho italiano no se corresponde con esta misma noción en otros ordenamientos jurídicos. En primer lugar porque bajo la idea de Administración por entes no está necesariamente la existencia del ente dotado de personalidad jurídica propia. En este sentido, es preciso distinguir, en el Derecho italiano, la relación existente entre la Administración directa o Administración del Estado y la Administración indirecta o Administración por entes, esta última no necesariamente, tal como se ha dicho, sujeta a la existencia de personas jurídicas independientes. He aquí pues una primera sorpresa que se produce al tratar del Derecho comparado, ya que con unos nombres o ideas que pueden parecer similares en un inicio, posteriormente se encuentran realidades muy diferentes. Esta forma de Administración en Italia no es nueva aunque sigue siendo recogida en la legislación más moderna, así en el Decreto legislativo 300/1999, regulador de las Agencias de régimen general, donde precisamente se está haciendo referencia, con palabras de la autora, a «estructuras de primer nivel de organización ministerial, carentes de personalidad jurídica propia, y previstas de una peculiar autonomía en razón de la naturaleza técnica de las atribuciones que se les asignan» (p. 54). Esta forma organizativa se entiende que es un instrumento que permite que la eficiencia administrativa se optimice, teniendo como cauce la profesionalidad técnico-científica, no requiriendo esta última disponer de una personalidad jurídica propia. Se consigue de esta manera algo que se intenta a través de otros medios jurídicamente más complejos, como las Administraciones independientes, la separación entre Administración y política, minorando los elementos más claramente políticos de los Ministerios clásicos. Las Agencias estarían respecto del ejecutivo en una situación de «neutralidad», al no necesitar en la misma medida esta característica, ya que entre sus funciones no está la de garantizar derechos de terceros sino el de ser eficaces en la gestión de los aspectos técnicos de la actividad administrativa en cada uno de los sectores. Posteriormente la autora analizará la figura de los entes públicos, diferenciándolo de aquellas otras formas de intervención pública como la de las sociedades mercantiles, las fundaciones o las asociaciones.

En el segundo capítulo pasa a analizar los entes descentralizados en Canadá y en Québec. Al estar creadas de forma casual y no responder a una normativa que sistematice su propia existencia, las clasificaciones son meramente doctrinales. Quizá pueda decirse, como consecuencia de la influencia del Derecho francés, que en el caso de Québec hay una mayor tendencia a racionalización o sistematización de este tipo de entes, haciéndolo bajo el

nombre de *organismes*. Los intentos de clasificación de estos entes han sido muy diversos, realizando la autora un análisis de los mismos según sus funciones, y así analiza los organismos descentralizados con función consultiva, organismos descentralizados de gestión administrativa, organismos descentralizados con función jurisdiccional, organismos descentralizados de regulación, organismos descentralizados con funciones comerciales, industriales o financieras, u organismos descentralizados con función prestacional. Junto a todos estos entes se han creado otros, los denominados Organismos Especiales de Servicio (OSS), que se crean dentro de las estructuras ministeriales, teniendo como función la prestación de un servicio, lo que se lleva a cabo según los criterios de gestión por objetivos y optimización de resultados. Los Organismos Especiales de Servicio se benefician de un cierto grado de autonomía dentro de la organización ministerial, aunque esta autonomía es relativa. Funcionan siguiendo un plan empresarial y un programa de gestión, con rendición de cuentas, lo que sirve para determinar los niveles prestaciones a suministrar y los resultados que se logran.

A diferencia de los entes anteriormente analizados, los OSS sí están sujetos a una relación de jerarquía ministerial, aunque esta jerarquía está atenuada porque sí disponen de una parcela o campo en el que tienen autonomía de gestión. Estos órganos tienen la autonomía que les otorga en cada momento el ministro competente, por lo que, tal como nos dice la autora, existe una relación entre las OSS y los ministerios de tensión dinámica constante. En lo que hace a Québec, se estudian los organismos gubernamentales descentralizados funcionalmente, distinguiendo dentro de ellos los *établissements publics*, y la figura de las *unités autonomes des services*. Se describen también en la obra las características de estas formas de intervención.

Para concluir la autora realiza una serie de reflexiones y propuestas, después de analizar las consecuencias que la crisis económica está teniendo en la modificación del aparato organizativo estatal en el ámbito europeo. Con valentía, en todo caso fundada en un claro conocimiento y en una formal argumentación de sus propuestas, señala algunas de estas propuestas queriéndose destacar entre ellas la de la necesidad de realizar una reforma administrativa no urgente, es decir no acelerada y sin reflexión, que al final no resuelve nada. Incide en una idea importante y es la de la innecesariedad de crear personas jurídicas independientes, basándose para ello tanto en la experiencia italiana como en la canadiense y quebequesa. Especialmente llama la atención sobre la operatividad de los OSS canadienses y las Unidades Autónomas de Servicio de Québec. Considera la autora que estas categorías deberían ser una opción más, que no hay que confundirlas con los denominados «servicios sin personalidad», de la antigua Ley de Entidades estatales autonómicas. Son órganos desconcentrados, que tienen autonomía funcional, pero esta autonomía es modificable, y de esta manera gana en flexibilidad. Según sus palabras, en

BIBLIOGRAFÍA

una figura «dinámica híbrida entre la descentralización y la desconcentración», que puede ser un importante valor en la modificación del funcionamiento de la organización de las Administraciones públicas.

Un trabajo como éste que se ha descrito, de gran interés, actualidad y en un terreno no excesivamente visitado por la doctrina. Está escrito de forma clara y directa, lo que, entre otras cosas, manifiesta una gran familiaridad y conocimiento del tema.

Finalmente quisiera recoger dos ideas que dan los autores del prólogo y del epílogo. Para el profesor NORI, el análisis que realiza Alejandra BOTO no se queda en una simple descripción, sino que suscita una serie de cuestiones que son de teoría general del Derecho y, según sus palabras, más exactamente, de política del Derecho público. Y el profesor ISSALYS quien manifiesta que los derechos administrativos responden a tradiciones culturales propias, afectadas ahora por la globalización, que sin embargo no tiene como consecuencia absoluta producir la desaparición de esa tradición cultural. En definitiva, que los lugares comunes que tienen los problemas administrativos siempre deben encontrar soluciones que pasan necesariamente por su debida traducción a las correspondientes tradiciones culturales. En esto yo también estoy de acuerdo y espero que el lector cuando tenga ocasión de acercarse a este trabajo.

IÑAKI LASAGABASTER HERRARTE