

Reflexiones

num. 1 - I/07

revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial

Ferrocarriles de Andalucía (I): El Proyecto de Ley de los Servicios Ferroviarios.

Jesús Jiménez López

La figura del "Project Management" en los contratos de obra y consultoría. Su aplicación a los contratos administrativos.

Francisco José Fernández Romero.

Políticas Públicas de Ordenación del Territorio Rural en Andalucía: la perspectiva de un siglo de transformaciones jurídicas.

José Luis Palma Fernández

Breve valoración acerca de la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatal del Suelo de 14 de julio de 2006 y su posible incidencia sobre la LOUA (Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 17/2002 de 17 de diciembre).

Ignacio Albendea Solís

Un acercamiento a la Concesión de Obra Pública Portuaria regulada en el artículo 126 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y prestación de Servicios en Puertos de Interés General.

Manuel Concha Jarava

Sujeción de Entes Públicos Portuarios Autonómicos al Impuesto de Sociedades.

José M^º Rodríguez Gutiérrez



SUMARIO NUM 1. I/2007

Consejo de Redacción

Jesús Jiménez López
Jesús Cabanillas Magro
José Luis Nores Escobar (Director)
Carmen Oliver Morales

Colaboradores permanentes

Manuel Concha Jarava
José Ortiz Mallol
Alejandro Segovia Brome
José M^a Rodríguez Gutiérrez
Francisco José Fernández Romero
Pablo Cañas Moreno

© Junta de Andalucía. Consejería de Obras
Públicas y Transportes. Gestión de
Infraestructuras de Andalucía, S.A.

Reflexiones

Revista de Obras Públicas, Transportes
y Ordenación Territorial
<http://www.giasa.com/reflexiones>
<http://www.ferrocarrilesdeandalucia.com/reflexiones>
c/ Diego Martínez Barrio, 10
41013 Sevilla
TEl: 955 007 594 - Fax: 955 007 573
e-mail: g.produccion@giasa.com

Coordinación edición: Dirección General
de Planificación. Servicio de Publicaciones
Dirección de arte: Óscar Sánchez Cesteros
Maquetación: Fototec
Impresión: Akron Gráfica
Depósito Legal: SE-308-07

Presentación

Introducción

Artículos

Ferrocarriles de Andalucía (I): El Proyecto de Ley de los Servicios Ferroviarios.

Jesús Jiménez López 7

La figura del “Project Management” en los contratos de obra y consultoría. Su aplicación a los contratos administrativos.

Francisco José Fernández Romero 47

Políticas Públicas de Ordenación del Territorio Rural en Andalucía: la perspectiva de un siglo de transformaciones jurídicas.

José Luis Palma Fernández..... 63

Breve valoración acerca de la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatal del Suelo de 14 de julio de 2006 y su posible incidencia sobre la LOUA (Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 17/2002 de 17 de diciembre).

Ignacio Albendea Solís 83

Un acercamiento a la Concesión de Obra Pública Portuaria Regulada en el artículo 126 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y prestación de Servicios en Puertos de Interés General.

Manuel Concha Jarava 103

Sujeción de Entes Públicos Portuarios Autonómicos al Impuesto de Sociedades.

José M^a Rodríguez Gutiérrez 123

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no representa necesariamente la opinión de la revista.

Presentación

A finales del año 2005, desde Ferrocarriles de la Junta de Andalucía y Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A. (GIASA), se inició una apuesta decidida por la edición y divulgación técnica en el campo jurídico y financiero sobre temas de interés general en el ámbito de actuación propio de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, a la que se adscriben ambas empresas públicas. Esta apuesta reflejaba la inquietud sobre la necesidad del estudio y debate continuo sobre materias, tales como las obras públicas y la ordenación del territorio en su mayor amplitud, con enorme trascendencia tanto en la gestión y actuación del sector público como en el desarrollo del sector privado empresarial.

Fruto de los trabajos iniciales en este sentido fue la edición, al inicio del año 2006, del libro “*Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública*”, mínima aportación a una materia de evidente actualidad, y punto de partida de una forma de entender la necesaria contribución del sector público al debate de ideas en el seno de la sociedad, más allá de la mera intervención material en el diseño y/o ejecución material de obras públicas o del ejercicio de competencias y definición de políticas sectoriales en la materia.

Tras la creación en 2006 del Centro de Estudios de Obras Públicas de Andalucía hemos querido afrontar el reto, continuando la apuesta divulgativa inicial, de convertir ese embrión editorial en una Revista denominada *Reflexiones (Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial)*.

Reflexiones está orientada a ofrecer una cobertura actualizada y técnica de los temas de interés para el sector de las obras públicas y urbanismo en general, y, sin descartar otros diferentes enfoques técnicos, centrará sus análisis desde una óptica eminentemente jurídica y financiera. Entre los campos temáticos de la revista, sin ánimo de exhaustividad, pueden destacarse los siguientes: ferrocarriles, carreteras, transportes, obras hidráulicas, concesiones, servicios públicos, ordenación del territorio, urbanismo, vivienda, medioambiente.

Reflexiones tendrá una periodicidad trimestral y contará además con una edición digital completa (disponible en www.giasa.com/reflexiones o www.ferrocarrilesdeandalucia/reflexiones) y otra impresa, distribuida entre empresas, profesionales y administraciones.

La revista *Reflexiones* tiene entre sus objetivos principales contribuir y estimular el debate teórico, constituyéndose en punto de encuentro y foro de debate e intercambio de experiencias y estudios entre administración pública, investigadores y profesionales, como confluencia del quehacer profesional y de la investigación académica, así como de la actividad y experiencia de las propias administraciones públicas.

Concepción Gutiérrez del Castillo

Introducción

Recibo con gran satisfacción el encargo de redactar una introducción a este primer número de *Reflexiones* (Revista de Obras Públicas Transporte y Ordenación Territorial).

Esta iniciativa surge de la profesionalidad y del amor a su ejercicio público de un conjunto de personas que prestan sus servicios a la Junta de Andalucía en la Consejería de Obras Públicas y Transportes. Este proyecto espera además, contar con colaboraciones de todos aquellos que operan profesionalmente en ese ámbito de actuación y que posean experiencias o conocimientos que deseen poner a disposición de todos aquellos interesados en la buena marcha de unos asuntos que tienen sin duda una alta repercusión en la vida y el bienestar de los ciudadanos.

El título “*Reflexiones*” ya es de por sí suficientemente expresivo del objetivo que se busca. La actividad pública relacionada con el diseño y la construcción y uso de las infraestructuras tiende a estar compuesta por un conjunto de tareas que a menudo deben ejecutarse de forma frenética dictada por urgencias y perentoriedades. Ello ocasiona que el profesional inmerso en estos trabajos se vea sometido a ritmos de ejecución que tienen como inevitable consecuencia que los tiempos para el análisis sean más bien escasos, cuando no inexistentes, y que las posibilidades de realizar introspecciones y valoraciones sobre lo que se está efectuando o se ha efectuado sean inexistentes.

La revista tiene como pretensión obviar ese problema y recoger un depósito de experiencias y propuestas que, no debe olvidarse, se destilan en su mayor parte de la acción y la práctica diaria. No son pues ejercicios puramente académicos, aunque sin duda habrá también colaboraciones de ese carácter, sino un deseo de profundizar sobre los resultados e incidencias de los quehaceres de cada día y una exposición de los problemas afrontados y de las vías utilizados para resolverlos. Servirá, sin duda, para la detección de posibles lagunas e insuficiencias en procedimientos y normativas que precisen, en su caso, de actuaciones de otro calado conectadas con el mundo académico o con la producción de nuevas reglas de juego.

En estos tiempos, el ámbito de las obras públicas es un universo en ebullición. Se planifican, proyectan y construyen en España –y por ende en Andalucía– un gran número de infraestructuras, de las que no aumenta solamente su cantidad, sino también la complejidad de su diseño y utilización.

En línea con lo anterior, y a modo de ejemplo cabe resaltar el renacimiento en Andalucía del interés por el ferrocarril, siguiendo una tendencia ampliamente contrastada en el resto de los países de nuestro nivel económico. Esta tendencia, sin duda espoleada en nuestro caso por la contemplación de la realidad de la alta velocidad en Andalucía, ha provocado el deseo de extender esta modalidad ferroviaria a la conexión de las capitales andaluzas entre sí. Este interés por el ferrocarril se extiende a su consideración como solución para la movilidad sostenible en las áreas metropolitanas andaluzas, mediante la implantación de metros, metros ligeros y tranvías.

La traducción practica en proyectos y obras de todas esas aspiraciones está abriendo un campo de pensamiento particularmente interesante en lo que se refiere a las relaciones entre las distintas Administraciones implicadas, así como también respecto a las modalidades de ejecución de las correspondientes inversiones.

Los procedimientos de ejecución de las infraestructuras se encuentran sometidos a cambios considerables que no solo afectan a lo que se refiere a su concepción y construcción, campo este más ligado a la ingeniería, sino también a materias de índole jurídica y financiera que constituyen el sustrato fundamental en el que se basa la actividad contractual pública. Cabe decir, en esa dirección, que la extensión y aplicación de las fórmulas de colaboración público–privada para la construcción y explotación de infraestructuras constituye un ejemplo claro de una realidad que requiere de amplias adaptaciones e interpretaciones de los usos contractuales tradicionales en el sector público, con la utilización de figuras como el diálogo competitivo, incluido ya en la normativa europea y de próxima transposición a nuestra realidad legislativa.

En el ámbito de las colaboraciones público–privadas, así como en el de la contratación de obras por procedimientos tradicionales, la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, posee ya un amplio historial de actuaciones susceptibles de ser analizadas y sopesadas para extraer de ella conclusiones que mejoren, desde el punto de vista del interés público, el sistema de planificación, diseño, adjudicación y utilización de las infraestructuras de transporte. Estas conclusiones serán de utilidad para todos aquellos que desde el mundo público o privado se esfuerzan en dotar a España y a Andalucía, de una red de infraestructuras moderna eficaz y eficiente que sea un factor determinante de desarrollo sostenible y en última instancia de mejora de la calidad de vida de todos ciudadanos.

A esta tarea se dedicará esta revista a la que deseo la mayor de las fortunas y sobre cuyo éxito cabe mantener fundadas esperanzas.

Teófilo Serrano Beltrán

Ferrocarriles de Andalucía (I): El Proyecto de Ley de los Servicios Ferroviarios de Andalucía.

Jesús Jiménez López

Letrado de la Junta de Andalucía, exc.

Letrado Jefe de Asesoría Jurídica de Ferrocarriles de la Junta de Andalucía.

Sumario. I.- Introducción. II.- Breve referencia a la regulación del mercado ferroviario en el ámbito de la Unión europea. III.- Competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de Ferrocarriles y Transporte ferroviario. IV.- Regulación del Sector Ferroviario Estatal. V.- Regulación del Sector Ferroviario Andaluz: Ley de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos; Proyecto de Ley de Servicios Ferroviarios de Andalucía –Separación de actividades; Servicios Ferroviarios de Andalucía; Modelo de prestación de los «Servicios Ferroviarios de Andalucía»; Configuración de «Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía»; El acceso a «Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía»; Organismo regulador; Transportes ferroviarios urbanos y metropolitanos, el Corredor Ferroviario de la costa del Sol-.

1. INTRODUCCIÓN

A pesar del título elegido, no es objeto de este breve trabajo la descripción de la realidad ferroviaria andaluza. Ni siquiera las actuaciones de planificación, proyecto y construcción ferroviaria que ha desarrollado y sigue desarrollando la Administración de la Junta de Andalucía. Con ello no se desconoce que ha sido y será relevante para Andalucía el esfuerzo inversor pasado, actual y futuro en el denominado Eje Ferroviario Transversal y la conexión ferroviaria de Alta Velocidad entre Sevilla y Málaga, en los ferrocarriles metropolitanos de Sevilla, Málaga, Granada, en la Bahía de Cádiz, en el futuro corredor ferroviario de la Costa del Sol y otros proyectos que sin duda transformarán nuestra Comunidad Autónoma y sus poblaciones.

Aún siendo consciente del atractivo que tendría cualquier estudio con aquél objeto, ahora se justifican estas líneas en la publicación el 19 de julio de 2006, en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, del Proyecto de Ley de Servicios Ferroviarios de Andalucía, para su tramitación parlamentaria. (BOPA 481 páginas 27.202 y siguientes).

Así, se trasladan reflexiones sobre los presupuestos competenciales, normativos e institucionales de la acción de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de ferrocarriles y transporte ferroviario, desde un punto de vista estrictamente jurídico si bien expresando un juicio personal.

El sector ferroviario andaluz, la propuesta de su ordenación realizada por la Administración de la Junta de Andalucía, no puede entenderse sin enmarcarlo en su adecuado contexto. Desde un punto de vista institucional existen distintos ámbitos de configuración: la Unión Europea, el conjunto de Estado, la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin olvidar el ámbito local. Ello nos obliga no sólo a analizar los documentos que trazan la política comunitaria en materia de transporte ferroviario, la distribución de competencias entre el Estado y la Junta de Andalucía¹, o las competencias de las

1. En el Boletín Oficial de las Cortes de 7 de noviembre de 2006 se ha publicado la “Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía” aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 2 de noviembre.

corporaciones locales, sino también considerar las normas propuestas o ya promulgadas de las instituciones comunitarias, del Estado o de la propia Junta de Andalucía.

Escribir sobre el Proyecto de Ley de Servicios Ferroviarios de Andalucía en este momento tiene el mismo riesgo que cualquier captación de un instante en un proceso no concluido. En este caso no hablamos ya de la configuración de los ferrocarriles comunitarios, como veremos, sino de la circunstancia de que en este momento el texto normativo se tramita en el Parlamento de Andalucía. Es posible que la imagen captada o considerada en estas reflexiones no represente la imagen final.

Por ello, el presente trabajo deberá completarse a la vista del texto finalmente aprobado.

2. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN DEL MERCADO FERROVIARIO EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Esta referencia, siendo breve, puede considerarse una mera introducción al análisis de la propuesta normativa de la Administración de la Junta de Andalucía.

2.1. El desarrollo de los ferrocarriles comunitarios ha recibido un impulso fundamental en el denominado Libro Blanco «La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad», de 12 de septiembre de 2001, en el sentido que considera uno de los objetivos centrales de la estrategia de movilidad sostenible la revitalización del sector ferroviario. Esta afirmación es ya tradicional en el mercado ferroviario.

Igualmente, la implementación de los denominados “paquetes ferroviarios” consolida el impulso normativo en el desarrollo del espacio ferroviario europeo. Tras el impulso del primer paquete ferroviario (2001) en la actualidad se encuentran en vigor las Directivas resultado del “segundo paquete ferroviario” (2004) y en tramitación las normas del “tercer paquete ferroviario” (última propuesta 2006)².

No procede ahora ver la completa evolución normativa sino sucintamente exponer el marco vigente. En este sentido las normas fundamentales son:

- Directiva 1991/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre desarrollo de ferrocarriles comunitarios, modificada por la Directiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, y por la Directiva 2004/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.
- Directiva 2001/14/CE del Parlamento y del Consejo, relativa a la adjudicación de capacidad de infraestructuras ferroviarias, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad, modificada por la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril.
- Directiva 1995/18/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias, modificada por la Directiva 2001/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, y por la Directiva 2004/49/CE.

2. Por su claridad, la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004 - COM(2004) 140 final- “*Proseguir la integración del sistema ferroviario europeo: el tercer paquete ferroviario.*”; para el “segundo paquete Ferroviario” la Comunicación de la Comisión de 23 de enero de 2002 -COM(2002)18- “*Hacia un espacio ferroviario europeo integrado*”.

Estas disposiciones comunitarias asientan el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios en las siguientes ideas fundamentales:

En primer lugar, la separación entre las actividades de administración de las infraestructuras ferroviarias y las de prestación de los servicios de transporte ferroviario que se desarrollan sobre aquellas. Se considera obligatoria en cualquier caso la separación contable, y voluntaria la separación orgánica o institucional.

No obstante, la Directiva 1991/440/CEE, que a esta separación se refiere, excluye de su ámbito de aplicación a «*las empresas ferroviarias cuya actividad se limite a la explotación del transporte urbano, suburbano o regional*».

De acuerdo con la misma Directiva se consideran servicios urbanos y suburbanos «*aquellos servicios de transporte que respondan a las necesidades de un centro urbano o de una área urbana, y a las necesidades de transporte entre dicho centro o dicha área y sus extrarradios*»; y servicios regionales «*aquellos servicios de transporte destinados a cubrir las necesidades de transporte de una región*».

En segundo lugar, se parte de la liberalización de la actividad de transporte, es decir, de su apertura a la competencia. Se garantiza a las empresas de transporte ferroviario, que previamente han obtenido la preceptiva licencia, el acceso a las infraestructuras ferroviarias mediante condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. Para ello se articula un sistema de ofrecimiento de la infraestructura ferroviaria mediante la declaración sobre la Red y la adjudicación de la capacidad de infraestructuras de acuerdo con normas y procedimientos públicos, igualitarios y transparentes.

Sobre esta cuestión, la Directiva 2001/14/CE, reguladora al acceso a la infraestructura permite a los Estado miembros, autoridades competentes, excluir de su ámbito de aplicación a las «*las redes locales y regionales aisladas para servicios de transporte de viajeros a través de una infraestructura ferroviaria*» y las «*las redes destinadas sólo a utilizarse para la prestación de servicios de transporte de viajeros urbanos o suburbanos*» (Artículo 1, apartado 3).

2.2. Las previsiones de liberalización deben considerarse matizadas. En primer lugar por la distinción entre el transporte de mercancías y viajeros –con distinto calendario³–, así como por la distinción entre el tráfico internacional, nacional, regional y local, con mayor flexibilidad en estos dos últimos ámbitos.

Además, este marco liberalizador no excluye que los poderes públicos garanticen la prestación de aquellos servicios que, sin ser rentables para el mercado, sean considerados de interés público por razones territoriales, medioambientales etc., esto es, los denominados servicios de interés público o servicios de interés general.

3. El Artículo 10.3 de la Directiva 91/440/CEE, prevé 2006 y 2007 para garantizar el acceso a la Red Transeuropea y en general respectivamente, para el tráfico de mercancías. Por su parte, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo sobre la posición común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 91/440/CEE del Consejo sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios y la Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad (Bruselas, 18.9.2006, COM(2006) 516 final 2004/0047 (COD), propone como fecha relevante para la liberación de tráfico de pasajeros el 2012.

En estos casos, el poder público o autoridad competente adopta medidas organizativas, contractuales o financieras necesarias para asegurar dicha prestación, bien directamente mediante sus entidades o empresas dependientes, bien subvencionando la prestación para la recuperación de los costes que resultan de la imposición de la obligación e incluso concediendo derechos de explotación en exclusiva⁴.

Como se observa, es un objetivo de la Unión Europea el articular adecuadamente la relación entre la ya tradicional *competencia en el mercado* –liberalizado, esencialmente internacional– y la *competencia por el mercado* regulado, aún sin excluir la intervención de operadores privados, y que puede afectar fundamentalmente a los tráficos regionales y locales y regionales, así como los servicios de transporte declarados de interés público.

Entre estos ámbitos se producen interacciones y relaciones, en el sentido de que un itinerario internacional discurre parcialmente por un ámbito nacional, regional o local, contribuyendo la prestación de servicios interiores –cabotaje–, a la rentabilidad del propio servicio internacional. Lo que sucede es que en este ámbito interior pueden existir operadores con derechos exclusivos, por lo que el objetivo es asegurar la coexistencia estableciendo criterios claros de definición del tráfico internacional y un sistema adecuado de compensaciones, si procediere, al operador *nacional*⁵.

2.3. En caso de conflicto entre los agentes en el mercado ferroviario, fundamentalmente la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias y las empresas ferroviarias, se prevé la intervención de un Organismo Regulador dotado, desde el punto de vista institucional y funcional de garantías de independencia⁶.

2.4. Por último, la Unión Europea avanza en otros objetivos estratégicos como la seguridad ferroviaria (Directiva 2004/49/CE, de 29 de abril, relativa a la seguridad en los ferrocarriles comunitarios) la extensión de la interoperabilidad al conjunto de la Red (Directiva 2004/50/CE, de 29 de abril, por la que se modifica Directiva 96/48/CE, de 20 de septiembre de 1995, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad y Directiva 2001/16/CE, de 19 de marzo, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional), en ambos casos con el adecuado apoyo institucional mediante la creación, con este cometido, de la Agencia Ferroviaria Europea (Reglamento 881/2004, de 29 de abril, de creación) formación, evaluación y reconocimiento de cualificaciones del personal ferroviario; y los derechos de los viajeros en el transporte ferroviario.

4. Reglamento (CEE) n° 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 156 de 28.6.1969, p. 1), modificado en último lugar por el Reglamento (CEE) n° 1893/91 (DO L 169 de 29.6.1991, p. 1).

Actualmente se encuentra en revisión no sin dificultades. Puede consultarse la Propuesta de la Comisión de 20 de julio de 2005 de REGLAMENTO DEL CONSEJO Y DEL PARLAMENTO EUROPEO sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera –COM (2005) 319 final–.

5. Puede consultarse sobre esta cuestión, por su claridad, la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN: Proseguir la integración del sistema ferroviario europeo: el tercer paquete ferroviario. Bruselas tres de marzo de 2004 COM(2004) 140 final. Además, es relevante en este sentido el reciente documento COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO de conformidad con el artículo 251, apartado 2, párrafo segundo, del Tratado CE sobre la posición común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 91/440/CEE del Consejo sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios y la Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad (Bruselas, 18.9.2006, COM(2006) 516 final 2004/0047 (COD).

3. COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE FERROCARRILES Y TRANSPORTE FERROVIARIO.

3.1. Partimos, por tanto, de un objetivo fundamental trazado por las Directivas de la Unión Europea citadas, cual es la separación entre la infraestructura ferroviaria y el servicio de transporte que se presta sobre la misma. Por tanto, aparece el sistema de transporte ferroviario matizando, en el ámbito internacional y nacional –con las exclusiones apuntadas– la unión entre ambos espacios de actuación.

Debemos ahora analizar las competencias de la Comunidad Autónoma en cada uno de estos ámbitos: infraestructuras ferroviarias y servicios de transporte ferroviario.

3.2. Con relación a las infraestructuras, el Artículo 13, apartado 10, del Estatuto de Autonomía para Andalucía aprobado mediante Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre⁶, establece que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en la materia de *«Ferrocarriles, carreteras y caminos cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en territorio andaluz y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios, por vía fluvial o por cable»*.

Por otra parte, el artículo 13.9 del Estatuto de Autonomía establece que la Comunidad Autónoma tiene competencias exclusivas en materia de obras públicas de interés para la Comunidad Autónoma de Andalucía cuya realización no afecte a otra Comunidad Autónoma, y siempre que no tenga la calificación legal de interés general del Estado. En este caso, para determinar la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de infraestructuras ferroviarias, el criterio territorial se modula por el criterio del interés en coherencia con la competencia atribuida al Estado.

Con relación al segundo ámbito, servicios de transporte, y según el artículo 13, apartado 10, EAA antes reproducido, la Comunidad Autónoma andaluza tiene competencias exclusivas respecto de los servicios de transporte mediante ferrocarril cuyo itinerario se desarrolle íntegramente sobre territorio andaluz. Deben entenderse incluidos en el ámbito de la competencia autonómica aquellos transportes que se desarrollen en los mismos términos - servicios cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en territorio andaluz- sobre infraestructura de titularidad estatal.

Puede recordarse en este punto la doctrina de Tribunal Constitucional sobre las competencias de las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado en materia de transportes. Reproducimos por su claridad los pronunciamientos del Tribunal Constitucional: *«Por otro lado, no cabe entender la competencia sobre carreteras subsumida en la relativa a los transportes terrestres. De igual manera que la titularidad de la carretera no conlleva la competencia para la ordenación del transporte que se realiza a través de ella (en cuanto que ésta “no proviene de la titularidad demanial sobre la carretera, sino de un poder de intervención respecto de lo que la Ley califica de servicio público...”*, STC 53/1984, *fundamento jurídico 7o*), tampoco la competencia para la ordenación del transporte ha de atraer, en principio, la relativa a la infraestructura. Se trata de funciones públicas diferenciadas, que también constituyen materias diversas a los efectos de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas» –Fundamento Jurídico Séptimo STC 65/1998, de 18 de marzo–.

6. Artículo 30 de la Directiva 2001/14/CE.

7. En el Boletín Oficial de las Cortes de 30 de octubre de 2006 se ha publicado el Dictamen de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados sobre la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía. De interés en esta materia los artículos 10, 55 y 63 del texto resultante, entre otros. Su texto final deberá ser objeto sin duda de futura reflexión.

Además, la citada Sentencia 53/1984, señala que *«El estudio del precepto, dentro del superior marco establecido por el artículo 149.1.21.a CE y una consideración desde la duplicación de previsiones constitucionales en la materia (nos referimos a los artículos 148.1.5.a y 149.1.21.a) impone como un primer punto de partida que la competencia considerada en el artículo 33.8, en cuanto no proviene de la titularidad demanial sobre la carretera, sino de un poder de intervención respecto de lo que la ley califica de servicio público, ha de verse desde la faceta del ámbito territorial al que se ordena el transporte».*

Por último, no puede obviarse la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de política territorial, ordenación del territorio y urbanismo de acuerdo con lo establecido en los artículos 13.8 y 148.1.3a del Estatuto de Autonomía y de la Constitución, respectivamente.

En otro orden de cosas, el artículo 17.8 del Estatuto de Autonomía señala que corresponde a la Comunidad Autónoma andaluza la ejecución de la legislación del Estado en materia *«de ordenación del transporte de mercancías y viajeros que tengan su origen y destino dentro del territorio de la Comunidad Autónoma —ya no transcurren íntegramente—, aunque discurren sobre las infraestructuras de titularidad Estatal a que hace referencia el número 21, del apartado 1, del artículo 149 de la Constitución, sin perjuicio de la ejecución directa que se reserve el Estado».*

Por tanto, como se deduce del precepto, cuando el servicio de transporte tenga su origen y destino en el territorio andaluz (ya no discurre íntegramente, supuesto de la competencia exclusiva del artículo 13.10 EAA) la competencia en este caso, sólo en este caso, será de ejecución, con posibilidad de reserva de servicios por el Estado. Razonablemente debe entenderse que la decisión de reservar un servicio, sólo de esta clase, debe estar motivada y no debe referirse a una reserva genérica, en la medida que dada la competencia de ejecución de las comunidades Autónomas la reserva ha de ser concreta y motivada.

Como conclusión de este apartado, la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene las siguientes competencias en la materia, de conformidad con el Estatuto de Autonomía:

- Competencias exclusivas en materia de infraestructuras ferroviarias intracomunitarias que no estén declaradas de interés general del estado;
- Competencias exclusivas, incluyendo la capacidad de dictar normas con rango legal y su desarrollo reglamentario, la planificación ordenación, inspección, sanción y gestión, respecto de los servicios de transportes que discurren íntegra y exclusivamente por territorio andaluz aún sobre infraestructura de titularidad estatal;
- Y por último, competencias ejecutivas en materia de servicios de transporte que tienen su origen y destino en el territorio andaluz, aunque se desarrollen sobre infraestructura estatal y salvo que se reserve dicha ejecución la Administración General del Estado.

3.3. La competencia estatal se ampara en el artículo 149.1.21 y 24 de la constitución Española, sustancialmente, sin perjuicio de otros títulos competenciales de relevancia (Artículo 149.1.1, 13 y 14).

Desde el punto de vista de la infraestructura ferroviaria, el artículo 149.1.21 CE atribuye al Estado competencias exclusivas en materia de ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

El primer título competencial, relativo a la infraestructura, se asienta por tanto en un criterio territorial, que debe modularse con el criterio del interés de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.24 sobre competencias exclusivas del Estado en materia de Obras Públicas de Interés general. La superposición del interés sobre el criterio territorial –p.e. infraestructuras intracomunitarias de interés estatal– ha sido analizada por el Tribunal Constitucional con alcance manifiestamente restrictivo para la competencia estatal.

Con relación al segundo título competencial del Estado (también Artículo 149.1.21 CE), transporte mediante ferrocarril, no existe la modulación del criterio del interés debiendo aplicarse un criterio estrictamente territorial de acuerdo con lo indicado. Por tanto, el Estado sólo tiene competencias sobre los servicios de transporte que discurran por el territorio de la más de una Comunidad Autónoma, no siendo posible para el Estado ejercer competencias en materia de transportes cuando el itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de una de ellas.

Con ello no quiere decirse que el título competencial que se vincula a la infraestructura ferroviaria, su ejercicio, no deba tener incidencia alguna sobre el servicio de transporte que discurre sobre ella, pero igualmente bajo su cobertura no puede condicionarse de manera desproporcionada o incluso negar el ejercicio de la competencia específica sobre el servicio de transporte cuando corresponde a la Comunidad Autónoma.

4. REGULACIÓN DEL SECTOR FERROVIARIO ESTATAL.

4.1. En el Boletín Oficial del Estado de 18 de noviembre de 2003, se publica la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF)⁸.

Resumen de la pretensión de la Ley, en cuanto al modelo de mercado ferroviario nacional que propone, nos la encontramos en su exposición de motivos:

«Los ejes sobre los que gira la reforma son la separación de las actividades de administración de la infraestructura y de explotación de los servicios y la progresiva apertura del transporte ferroviario a la competencia. La consecución de estos objetivos requiere una profunda modificación de las estructuras y funciones

8. Como antecedente puede citarse la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres; el Artículo 74 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, sobre régimen jurídico del establecimiento y construcción de las obras de infraestructura ferroviaria; los artículos 160 y 162 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, sobre creación y funciones de la Entidad Pública “Gestor de Infraestructuras Ferroviarias”; y el Artículo 104 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, sobre el régimen jurídico del transporte por ferrocarril, particularmente en lo relativo al acceso a la infraestructura ferroviaria española.

Con posterioridad a la Ley del Sector Ferroviario Estatal, entre otras, destacan: el Real Decreto- Ley 1/2004, de 7 de mayo, sobre prórroga de su entrada en vigor; Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, de aprobación del Reglamento del Sector Ferroviario, Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial RENFE-Operadora; Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria; Disposición adicional sexagésimo séptima de la Ley 30/1995, de 29 de diciembre, que modifica el artículo 6 de la Ley para habilitar convenios de ejecución de obras ferroviarias de la Red ferroviaria de Interés General por otras Administraciones Públicas o dicha ejecución a través de sociedades mercantiles estatales; entre otras.

de los actuales agentes del sector ferroviario, así como la creación de otros nuevos que velen por la debida aplicación de la nueva normativa».

Por tanto, con la Ley el Legislador estatal expresa su intención de adecuar el sector ferroviario estatal a las disposiciones del derecho comunitario.

4.2. Elementos fundamentales de la propuesta del legislador estatal pueden considerarse, resumidamente.

4.2.1. Definición del ámbito de competencia Estatal en relación a la infraestructura ferroviaria, mediante la configuración de la Red Ferroviaria de Interés General. Se emplea el criterio territorial –carácter intercomunitario– y se expresa el criterio del interés general del Estado como punto de conexión competencial (Artículo 4 LSF⁹).

No obstante lo anterior, a continuación integra en la Red Ferroviaria de Interés General todas las infraestructuras ferroviarias de su titularidad actual, sin considerar la concurrencia o no de los principios propuestos. Efectivamente, la Disposición adicional novena («*Líneas que forman parte de la Red Ferroviaria de Interés General*») establece:

«1. La Red Ferroviaria de Interés General se compondrá, en el momento de entrada en vigor de esta Ley, de todas las infraestructuras ferroviarias que en esa fecha estén siendo administradas por RENFE o cuya administración haya sido encomendada al Gestor de Infraestructuras Ferroviarias o ejerza la Autoridad Portuaria correspondiente en los Puertos de Interés General.

Igualmente y con arreglo a lo previsto en la disposición transitoria sexta, la red de ancho métrico de titularidad del Estado y administrada por FEVE, integrará la Red Ferroviaria de Interés General. El Ministerio de Fomento, con arreglo al artículo 4.2, podrá realizar la determinación concreta de las líneas ferroviarias que integran la Red Ferroviaria de Interés General.

9. «1. La Red Ferroviaria de Interés General está integrada por las infraestructuras ferroviarias que resulten esenciales para garantizar un sistema común de transporte ferroviario en todo el territorio del Estado o cuya administración conjunta resulte necesaria para el correcto funcionamiento de tal sistema común de transporte, como las vinculadas a los itinerarios de tráfico internacional, las que enlacen las distintas Comunidades Autónomas y sus conexiones y accesos a los principales núcleos de población y de transporte o a instalaciones esenciales para la economía o la defensa nacional.

2. Corresponde al Ministro de Fomento acordar, en cada momento, la inclusión, en la Red Ferroviaria de Interés General, de nuevas infraestructuras ferroviarias cuando razones de interés general así lo justifiquen, previo informe de las Comunidades Autónomas afectadas.

Si la infraestructura ferroviaria que se pretenda incluir en la Red Ferroviaria de Interés General discurriera, íntegramente, por el territorio de una sola Comunidad Autónoma y sin conexión con el resto de la Red, será necesario para tal inclusión su previo consentimiento.

3. El Ministro de Fomento podrá excluir, previo informe de las Comunidades Autónomas afectadas, una determinada infraestructura ferroviaria de la Red Ferroviaria de Interés General siempre que hayan desaparecido los motivos de interés general que justificaron su inclusión en aquella. Dicha infraestructura ferroviaria podrá ser traspasada a la Comunidad Autónoma correspondiente. El expediente de traspaso se promoverá a instancia de la Comunidad Autónoma o del Ministerio de Fomento, y será resuelto por el Consejo de Ministros.

4. El Estado y las Comunidades Autónomas con infraestructuras ferroviarias de su titularidad cooperarán para facilitar la conexión entre estas infraestructuras ferroviarias y la Red Ferroviaria de Interés General, fomentando la interoperabilidad entre las diferentes redes».

2. *Las líneas efectivamente cerradas al tráfico como consecuencia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 1984 no forman parte de la Red Ferroviaria de Interés General.»*

4.2.2. Una vez definida la Red Ferroviaria de Interés General, como hemos visto de forma *expansiva*, se articula sobre ella el sistema de transporte ferroviario. Concentra la Administración General del Estado, directamente o a través de las entidades públicas dependientes, el conjunto de competencias, funciones, potestades y actividades necesarias para planificar, ordenar e intervenir en los servicios de transportes, cualquiera que sea su ámbito territorial.

Es cierto que con la Ley se pretende avanzar en la *«la progresiva apertura del transporte ferroviario a la competencia»* pero ello no excluye la intervención de los poderes públicos como uno de los protagonistas del sistema de transporte ferroviario en términos que pasamos a analizar.

4.2.2.1. En primer lugar, la *Administración de la Infraestructura Ferroviaria* que como servicio de interés general y esencial para la Comunidad, supone el *“mantenimiento y la explotación de la aquéllas¹⁰, así como la gestión de su sistema de control, de circulación y de seguridad”*.

La actividad de Administración de la Red Ferroviaria de Interés General Esta actividad se desarrolla por Administración General del Estado, a través en su caso de la Entidad Pública Estatal “Administrador de las Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) –Artículo 20 y 21 LSF–.

Entre las actividades de administración de infraestructuras ferroviarias destacan la *Declaración sobre la Red*, en la que se exponen y publican las características de la infraestructura puesta a disposición de las empresas ferroviarias, se informa sobre la capacidad de cada tramo de la red y sobre las condiciones de acceso a la misma, y se detalla las normas generales, plazos, procedimientos y criterios para la adjudicación de capacidad, cánones y principios de tarificación.

Igualmente destaca la *adjudicación de capacidad de infraestructura*, entendida como la asignación por parte del administrador de infraestructuras ferroviarias de aquellas franjas horarias, definidas en la declaración sobre la red, a los correspondientes candidatos con el fin de que un tren pueda circular, entre dos puntos, durante un período de tiempo determinado.

Por último, pueden ser *candidatos* para ser adjudicatario de infraestructura las empresas ferroviarias titulares de licencia de empresa ferroviaria, las agrupaciones empresariales internacionales que constituyan dichas empresas y, en la forma y cumpliendo los requisitos que reglamentariamente se prevean, los agentes de transporte, los cargadores y los operadores de transporte combinado que, sin tener la consideración de empresas ferroviarias, estén interesados en la explotación de un servicio ferroviario así como (artículo 31 LSF). Sobre esta previsión inicial el artículo 79 RLSF, considera igualmente candidato a las *«Administraciones Públicas con atribuciones en materia de prestación de servicios de transporte y que estuvieren interesadas en la prestación de determinados servicios de transporte ferroviario»*.

10. De acuerdo con el Artículo 41.5 del Reglamento de la Ley del Sector Ferroviario *«La explotación de la infraestructura ferroviaria comprende la elaboración y publicación de la declaración sobre la red, la adjudicación de la capacidad de Infraestructura a los candidatos que lo soliciten, la prestación de servicios adicionales, complementarios y auxiliares y el control e inspección de la infraestructura ferroviaria, el de sus zonas de protección y de servicio ferroviario y el de la circulación ferroviaria que sobre ella se produzca»*.

4.2.2.2. Con relación a la prestación de los servicios de transporte, considerados por la Ley estatal servicios de interés general y esencial para la Comunidad, se prevé su liberalización mediante su prestación en «régimen de libre competencia» (artículo 42 LSF) sin perjuicio del régimen de prestación de los servicios que sean declarados de interés público (Artículos 53 y 54 LSF).

El marco de referencia para regular mediante la Ley las actividades de prestación de servicios de transporte es la Red Ferroviaria de Interés General. Así, se ordena y regula la actividad cualquiera que sea su ámbito concreto, incluidos los que discurren íntegra y exclusivamente por el territorio de una comunidad autónoma, cuando se presten sobre la Red estatal.

En el contexto de liberalización que la Ley anuncia, tienen especial relevancia, en cuanto que se configuran como requisitos para prestar servicios de transportes sobre la Red Ferroviaria de Interés General (Artículos 44.1 y 57.1 LSF), las Licencias de Empresa Ferroviaria (artículo 43 y siguientes LSF), y los certificados de seguridad (Artículo 57 LSF). Ambos documentos son expedidos por la Administración General del Estado, en su caso a través del Administrador de las Infraestructuras Ferroviarias o entidad habilitada (Artículos 44.1 y 57.4 LSF).

No obstante todo lo anterior, la apertura al mercado de la prestación de servicios de transportes sobre la Red Ferroviaria de Interés General resulta matizada del siguiente modo:

En primer lugar, respecto de la prestación de los denominados servicios de interés público (artículos 53¹¹ y 54 LSF), que serán declarados por la Administración General del Estado. Esta declaración podrá producirse a instancia de las Comunidades Autónomas obligándose estas a su financiación. La prestación del servicio en este caso requiere la obtención de previa autorización¹², mediante licitación pública o adjudicación directa, sin perjuicio de las medidas que puede adoptar la Administración estatal para garantizar su prestación.

En segundo lugar, por el régimen transitorio previsto en la Ley para la prestación de servicios de transporte de viajeros. Efectivamente, hasta que la Unión Europea imponga un régimen de mercado, la Disposición Transitoria Tercera atribuye a RENFE-Operadora, el «derecho a explotar los servicios de transporte de viajeros que se presten sobre la Red Ferroviaria de Interés General, en la forma establecida en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y en su normativa de desarrollo en cuanto no se opongan al resto del contenido de esta Ley». Además, «una vez que se imponga el régimen de apertura del mercado de transporte ferroviario de viajeros, de conformidad con lo previsto en el párrafo anterior, RENFE-Operadora conservará el derecho a explotar la capacidad de red que entonces utilice efectivamente y podrá solicitar que se le asigne otra capacidad de red...».

11. «1. El Consejo de Ministros podrá, de oficio o a instancia de las Comunidades Autónomas o de las corporaciones locales interesadas, declarar de interés público la prestación de determinados servicios de transporte ferroviario sobre las líneas o los tramos que integran la Red Ferroviaria de Interés General cuando aquella resulte deficitaria o no se produzca en las adecuadas condiciones de frecuencia y calidad, y sea necesaria para garantizar la comunicación entre distintas localidades del territorio español. Declarada de interés público la prestación de un determinado servicio de transporte ferroviario, las empresas ferroviarias únicamente podrán prestarlo previa la obtención de la correspondiente autorización. En caso de que la declaración de interés público se realice a instancia de las Comunidades Autónomas o de las corporaciones locales, éstas serán responsables de su financiación.»

12. Artículo 53.3 LSF: «Las autorizaciones se otorgarán con carácter exclusivo y deberán prever el régimen de derechos y obligaciones aplicable a las empresas ferroviarias y, en particular, las ayudas públicas que tendrán derecho a percibir éstas, para compensar su déficit en la explotación de los servicios. Entre dichas obligaciones figurarán las que garanticen la continuidad en la prestación del servicio declarado de interés público».

4.2.2.3. Las funciones del Organismo Regulador a que se refiere el Artículo 30 de la Directiva 2001/14/CE antes citado se atribuyen al denominado Comité de Regulación Ferroviaria (Artículos 82 y siguientes LSF).

4.3. Para terminar en cuanto a este apartado, utilizando la expresión de la exposición de motivos, la «profunda modificación de las estructuras y funciones de los actuales agentes del sector ferroviario, así como la creación de otros nuevos que velen por la debida aplicación de la nueva normativa», tiene todavía pendiente de revisión por el Tribunal Constitucional el contraste del modelo propuesto con las competencias de las Comunidades Autónomas de acuerdo con la Constitución y los Estatutos de Autonomía vigentes¹³.

13. El Boletín Oficial del Estado de 22 de marzo de 2004, se publica la admisión a trámite por el Tribunal constitucional, mediante providencias de 9 de marzo de 2004, de los Recursos de Inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario promovidos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura; por el Parlamento de Cataluña; por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña; por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias; por el Gobierno de Aragón; por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Los preceptos de la Ley del Sector Ferroviario Estatal cuya constitucionalidad se cuestiona por estas comunidades Autónomas son los artículos 2, letra a); 4.1, 2 y 3; 7.1; 9.1; 10.1; 11.1, 2 y 3; 15.5; 16.3; 28; 33; 34; 37.4; 44; 46.5; 47.2; 49; 50; 51; 53.1, 2 y 4; 54; 57.4; 58; 59.1; 60.2; 81.1 letras b), f), g) y m); 83.d); disposición adicional novena, y la disposición final segunda.

Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Andalucía, debe reproducirse al siguiente «Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley del Estado 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario»:

«La Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en su reunión celebrada el día 29 de julio de 2004 adoptó el siguiente Acuerdo:

1.- De conformidad con las negociaciones previas celebradas por el Grupo de Trabajo constituido por Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, de 6 de febrero de 2004 para el estudio y propuesta de solución en relación con las 32 discrepancias suscitadas sobre determinados preceptos de la Ley del Estado 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario, ambas partes consideran solventadas las discrepancias manifestadas en razón a las siguientes consideraciones:

I. La Administración General del Estado y la Administración de la Junta de Andalucía convienen que la Administración General del Estado promoverá o adoptará mediante norma de rango suficiente las medidas que procedan para adaptar la legislación en materia de ferrocarriles para posibilitar que la Junta de Andalucía pueda ejercer de forma efectiva la competencia sobre los servicios de transporte ferroviario que discurren íntegra y exclusivamente por el territorio de la Comunidad Autónoma, incluso sobre infraestructura estatal, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Los procedimientos que se determinen para la elaboración de la Declaración sobre la Red y para la adjudicación de la capacidad tendrán en cuenta expresamente la regulación de los servicios de transporte ferroviario intracomunitario a los que se alude en el primer párrafo. Estos procedimientos se determinarán de forma coordinada con la Junta de Andalucía.

II. Ambas Administraciones consideran que las razones de interés general que pueden justificar la inclusión en la Red Ferroviaria de Interés General de nuevas infraestructuras son las enumeradas expresamente en el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario y que la integración en dicha Red de infraestructuras ferroviarias de titularidad de la Comunidad Autónoma de Andalucía requiere, en todo caso, el consentimiento de la misma.

III. Las dos Administraciones consideran necesario establecer que, antes de la clausura y desafectación de las líneas o tramos que formen parte de la Red Ferroviaria de Interés General, deberá ofrecerse a la Administración de la Junta de Andalucía el traspaso de la parte de la línea situada en su territorio, así como de las instalaciones ferroviarias directamente vinculadas a ese tramo y necesarias para la prestación del servicio ferroviario, a condición de que la Junta de Andalucía asuma el compromiso firme de mantenerlas en funcionamiento para el servicio de transporte ferroviario.

IV. Con relación a las zonas de servicio ferroviario ambas partes coinciden en considerar que son las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo las que deben autorizar los usos no ferroviarios admitidos dentro de las mismas y que las facultades prevalentes que se reconocen a la Administración General del Estado en su planificación se circunscriben a los aspectos estrictamente ferroviarios.

5. REGULACIÓN DEL SECTOR FERROVIARIO ANDALUZ: LEY DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES URBANOS Y METROPOLITANOS DE ANDALUCÍA; PROYECTO DE LEY DE SERVICIOS FERROVIARIOS DE ANDALUCÍA.

5.1. En ejercicio de las competencias atribuidas por el Estatuto de Autonomía y considerando el marco propuesto por las normas de la Unión Europea, la Administración de la Junta de Andalucía promueve el actual Proyecto de Ley de Servicios Ferroviarios de Andalucía, que se encuentra en tramitación en el Parlamento de Andalucía.

5.2. No es la primera norma legal promovida en esta materia ferroviaria en ejercicio de las competencias andaluzas.

Efectivamente, en la actividad normativa de la Junta de Andalucía destaca la Ley 2/2003, de 18 de mayo, de Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros Andalucía, que contiene preceptos relativos a la distribución de competencias con las corporaciones locales; disposiciones de carácter organizativo, como soporte institucional al ejercicio de la competencia en materia de Infraestructuras ferroviarias y servicios de transporte ferroviario. Se deduce, por otra parte, el modelo de prestación de servicios ferroviarios de transporte urbano y metropolitano.

Con relación a la distribución de competencias entre la Administración de la Junta de Andalucía y las corporaciones locales, en el ámbito de los ferrocarriles y del transporte ferroviario urbano y metropolitano, se ha optado por una solución plenamente respetuosa con la autonomía local, constitucionalmente garantizada.

V. La Administración General del Estado y la Administración de la Junta de Andalucía constituirán un grupo de trabajo, integrado por representantes de ambas administraciones, encargado de analizar y proponer la adaptación de la legislación reguladora de los ferrocarriles, mediante la aprobación de las normas con rango suficiente, y la adopción de cuantas otras medidas resulten necesarias para que la Junta de Andalucía pueda ejercer de forma efectiva su competencia sobre los servicios de transporte ferroviario de ámbito intracomunitario. En caso de que sea necesario llevar a cabo reformas legislativas, éstas podrán ser realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley del Sector Ferroviario.

Ambas administraciones estudiarán conjuntamente las fórmulas transitorias que posibiliten la participación de la Junta de Andalucía en la gestión de los servicios de transporte ferroviario de ámbito intracomunitario, a partir de la entrada en vigor de la Ley, suscribiendo a estos efectos los oportunos convenios.

2.- *Que por el Ministro de Administraciones Públicas se comunique este Acuerdo a la Presidenta del Tribunal Constitucional, para su conocimiento y efectos.» (Conflictividad entre el Estado y las comunidades Autónomas (Boletín Informativo) Tercer Trimestre 2004. Ministerio de Administraciones Públicas. Páginas 31 a 35).*

Por último, el Tribunal Constitucional, por providencia de 24 de mayo de 2005, ha admitido a trámite Conflicto Positivo de Competencia promovido por el Gobierno de la Junta de Andalucía, en relación con la disposición transitoria 4.a del Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, y contra los artículos 4.2; 5.1; 6; 47.4; 48; 57.4; 59; 71 a 77; 95; 147; 148; 152; 153; 154; 157 y 160 del Reglamento del Sector Ferroviario, aprobado por dicho Real Decreto, la disposición adicional 4.a del Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, y contra el artículo 3.g) de los Estatutos que aquel aprueba, y la disposición transitoria 2.a del Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Renfe-Operadora. (Boletín de 9 de junio de 2005). Igualmente por providencia de 14 de septiembre de 2005, admitió a trámite el conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en relación con la Disposición Transitoria primera y los arts. 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 14, 15 y 17, de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria (Boletín de 30 de septiembre de 2005).

Esta delimitación resulta necesaria pues el modo de transporte al que ahora con carácter general nos referimos, esto es, el ferrocarril metropolitano –como modo de transporte– se puede desarrollar de forma natural en ámbitos urbanos, incidiendo en los servicios de transporte urbano de viajeros.

Desde este punto de vista, para la delimitación competencial se han predeterminado legalmente criterios ciertos (artículo 13 de la Ley 2/2003) basados en última instancia en el carácter supramunicipal del interés que se tutela. No olvidamos, por otra parte, que nos encontramos con carácter general ante infraestructuras respecto de las cuales se pueden atribuir a los explotadores de servicios derechos exclusivos y excluyentes lo que puede hacer necesario la unidad de actuación respecto de la infraestructura y respecto del servicio que se presta sobre ella.

Por su claridad y precisión conviene reproducir, en lo pertinente, el artículo 4 de la Ley 2/2003 citada, bajo la rubrica *competencias*:

«3. Corresponden a la Comunidad Autónoma las siguientes competencias:

...

c) La declaración de los transportes de interés metropolitano y, en los términos previstos en el título III de esta Ley, participar en su ordenación y planificación.

d) La planificación, ordenación y gestión de los servicios e infraestructuras de transporte mediante ferrocarril metropolitano, entendido como modo de transporte, declarados de interés metropolitano.

...

f) El ejercicio de las funciones de inspección y sanción respecto de los servicios de su competencia.»

La declaración de interés metropolitano se regula expresamente en el artículo 13, *Interés metropolitano*, en los siguientes términos, en lo que ahora nos afecta:

«1. Podrán declararse, total o parcialmente, de interés metropolitano los servicios, tráfico, infraestructuras e instalaciones necesarios para la constitución y gestión del sistema de transporte metropolitano, cuando resulten imprescindibles para la prestación coordinada de los servicios, la obtención de economías de escalas, o la aplicación de un sistema tarifario integrado.

...

3. En el caso de los servicios, tráfico e infraestructuras a que se refiere el artículo 4.3 d) de esta Ley, la declaración de interés metropolitano se efectuará por el Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería competente en materia de transportes, previo informe de las Administraciones Públicas afectadas.»

Por último, señala la disposición adicional sexta, *Declaraciones de interés metropolitano*, que «los servicios, tráfico, infraestructuras e instalaciones declaradas de interés metropolitano con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se considerarán declaradas de interés metropolitano a los efectos establecidos en la misma».

Este planteamiento normativo, repetimos, parte del respeto a la autonomía local como garantía institucional constitucionalmente garantizada.

Desde el punto de vista organizativo es relevante la creación del Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces –Ferrocarriles de la Junta de Andalucía– como entidad de derecho público adscrita a la Consejería competente en materia de transportes. Ello se produce en los artículos 30 y 31 de la Ley 2/2003.

De acuerdo con su norma de creación *«son fines generales del Ente servir como instrumento para el desarrollo de las políticas del Consejo de Gobierno en materia de ferrocarriles y transportes ferroviarios».*

Por tanto, *«ejercerá y desarrollará las competencias, potestades públicas, funciones y actuaciones que correspondan a la Junta de Andalucía en dichas materias, incluyendo especialmente las referidas a los servicios ferroviarios regionales de altas prestaciones, que le sean atribuidas por el Consejo de Gobierno en los términos y con el alcance previsto en dicha atribución.».* Por último, *«con el alcance previsto en la atribución que le efectúe el Consejo de Gobierno, (le) corresponderá... la ordenación del transporte ferroviario de mercancías y viajeros que tengan su origen y destino dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, aunque discurren sobre infraestructuras de titularidad estatal».*

Observamos que no se opta por una personificación diferente para el ejercicio de funciones y actividades relativas las infraestructuras y servicios. Ello no es óbice para que se respeten las disposiciones que llegasen a ser de derecho necesario de la Unión Europea, incluso mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno que le atribuye la competencia concreta¹⁴.

Con relación al modelo de prestación de servicios ferroviarios de transporte urbano y metropolitano, esta Ley no impone el modelo de separación infraestructura-servicio, deduciéndose incluso la tendencia, sin exclusión de otro, a un modelo de integración (Artículo 13.3). Como indicamos, los modos de transportes ferroviario urbano y metropolitano se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las normas comunitarias que imponen la separación de la infraestructura y el servicio.

5.3. Proyecto de Ley de Servicios Ferroviarios de Andalucía.

Considerando todos estos antecedentes el Consejo de Gobierno presentó en el Parlamento de Andalucía el denominado «Proyecto de Ley de Servicios Ferroviarios de Andalucía».

Con la aprobación del texto propuesto se ejercerán las competencias normativas en materia de servicios de transporte ferroviario y de ferrocarriles de conformidad con lo previsto en el artículo 13.10 del Estatuto de Autonomía antes reproducido¹⁵.

Las ideas fundamentales en las que se asienta el Proyecto de Ley de Servicios Ferroviarios de Andalucía son las siguientes:

5.3.1. Separación de las actividades de administración de la infraestructura y de explotación de los servicios.

De acuerdo con las disposiciones de Derecho Comunitario la Administración Autonómica pretende organizar el sistema ferroviario andaluz considerando al separación de las funciones, potestades y actividades vinculadas a la Administración de las Infraestructuras y a la prestación de los servicios sobre las mismas. Pueden resultar afectadas competencias atribuidas a distintas Administraciones.

14. Se aprobaron sus Estatutos mediante el Decreto 218/2003, de 22 de julio.

15. «Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación. 1. El objeto de esta ley es la regulación, en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía de la prestación de los servicios de transporte público mediante ferrocarril, de la construcción y administración de las infraestructuras ferroviarias, así como de la prestación de los servicios ferroviarios adicionales, complementarios y auxiliares».

La Administración de la Infraestructura ferroviaria se regula en los artículos 21 y siguientes, como servicio de interés general y esencial, de titularidad pública, y que corresponde al Ente Público de Gestión de los Ferrocarriles Andaluces de conformidad con la correspondiente atribución del Consejo de gobierno.

Por su parte, los servicios de transporte ferroviario, su modelo de prestación, la determinación de los actores y las funciones y actividades que se reserva la Administración de la Junta de Andalucía tienen un tratamiento diferenciado en los artículos 3 y siguientes.

5.3.2. Servicios Ferroviarios de Andalucía.

El título del Proyecto del Ley expresa la importancia dada por la Administración andaluza al transporte ferroviario, como elemento fundamental de su política ferroviaria.

En este contexto se impone a las Administraciones Públicas, dentro del marco de sus competencias, la promoción de un transporte ferroviario rápido, de calidad, cómodo, de alta capacidad, intermodal, con protección de los derechos e intereses de los usuarios, sostenible, respetuoso con el medio ambiente, con eliminación de las limitaciones al acceso al ferrocarril para las personas con discapacidad o movilidad reducida en los términos que prevean las normas de desarrollo (artículo 2). Elemento relevante en el proyecto es igualmente configuración de los derechos y obligaciones de los usuarios de servicios de transporte, así como las medidas que garantizan su efectividad (Artículo 6 del Proyecto y el régimen de inspección y sanción).

Los “*Servicios Ferroviarios de Andalucía*” son aquellos de viajeros y mercancías que discurren íntegra y exclusivamente por el territorio andaluz, así como aquellos que tengan su origen y destino en la Comunidad Autónoma¹⁶, en todos los casos cualquiera que sea el titular de la Infraestructura sobre la que se desarrollen.

Se consideran en todo caso de interés general y esencial para la comunidad. Por otra parte siendo un instrumento de ordenación territorial, «constituirán un sistema de transporte integrado bajo criterios de intermodalidad que favorecerá la movilidad en el territorio de la Comunidad Autónoma».

Los Servicios Ferroviarios de Andalucía se clasifican en: Servicios Ferroviarios Convencionales de Andalucía y Servicios de Alta Velocidad Interior de Andalucía.

5.3.2.1. Los Servicios Ferroviarios Convencionales de Andalucía en principio serían los de esta clase definida como tal por el Derecho Comunitario¹⁷ y los de transporte mediante ferrocarril que se desarrollan en ámbitos metropolitanos y de cercanías, cuando no sean de alta velocidad.

Se propone como su objetivo fundamental la conexión de las poblaciones andaluzas «*para garantizar su cohesión, desarrollo territorial y proximidad, posibilitando el servicio al mayor número de personas y empresas*».

16. Este último caso, de servicios que tienen su origen y destino en Andalucía, sin discurrir íntegramente por su territorio, de conformidad con el artículo 17.8 EAA la calificación de Servicio Ferroviario de Andalucía se desenvuelve en el estricto ámbito de la ejecución respetando la competencia normativa del Estado.

17. Puede consultarse la Directiva 16/2001/CE de 19 de marzo, modificada por la Directiva 2004/50/CE, de 29 de abril.

5.3.2.2. Los Servicios de Alta Velocidad Interior de Andalucía *«son aquellos que, con cumplimiento de las condiciones establecidas en las normas comunitarias reguladoras de este sistema de transporte»¹⁸, se establezcan por el Consejo de Gobierno para su prestación sobre las infraestructuras de alta velocidad y de altas prestaciones ya sean titularidad de la Administración General del Estado o de la Administración de la Junta de Andalucía, incluyendo en ambos casos sus entidades dependientes».*

Se propone como objetivo fundamental de los Servicios de Alta Velocidad Interior de Andalucía la conexión mediante servicios de esta clase de todas las capitales de Andalucía y los principales núcleos de población. De acuerdo con la importancia territorial de este sistema de transporte ferroviario en la comunidad Autónoma, se atribuyen a la Administración de la Junta de Andalucía los instrumentos necesarios para garantizar su adecuada gestión y desarrollo.

Para la prestación de estos servicios de transporte ferroviario declarados de interés público el Proyecto prevé que la Consejería competente en materia de transportes, o la entidad pública competente, solicite, cuando fuera necesario, la capacidad de infraestructura estatal precisa para la prestación de los servicios declarados de interés público, añadiendo (Artículos 4.3 y 5.2) que en todo caso dispondrán de la capacidad sobre la infraestructura de titularidad autonómica.

5.3.3. Modelo de prestación de los Servicios Ferroviarios de Andalucía.

Con relación a los servicios de transporte ferroviario, el sistema de transporte, se interrelaciona adecuadamente el modelo de competencia en el mercado –de apertura y liberalización– y el modelo de competencia por el mercado –como garantía de prestación–. Todo ello para la tutela de los intereses generales.

Efectivamente, en la Ley se articulan dos sistemas o esquemas de prestación de los servicios de transporte ferroviario:

En primer lugar estarían los servicios de transporte ferroviario de interés público, por sus características sociales, medioambientales o de ordenación del territorio. En estas circunstancias se encuentran los Servicios Ferroviarios Convencionales de Andalucía declarados de interés público por el Consejo de Gobierno (Artículo 4, apartado 3, del Proyecto) y todos los Servicios de Alta Velocidad Interior de Andalucía cuyo establecimiento decide el mismo órgano (artículo 5, apartado 2).

Estos Servicios de Interés Público se prestarán por la Administración de la Junta de Andalucía¹⁹ *«de forma indirecta mediante concesión, o de forma directa, en su caso a través de entidades y empresas de la Junta de Andalucía, con cumplimiento de las normas comunitarias que resulten de aplicación»*, no sólo las

18. Directiva 1996/48/CE, de 23 de julio, modificada por la Directiva 2004/50/CE, de 29 de abril.

19. Para la prestación de estos servicios de transporte ferroviario declarados de interés público el Proyecto prevé que la Consejería competente en materia de transportes, o la entidad pública competente, solicite, cuando fuera necesario, la capacidad de infraestructura estatal precisa para la prestación de los servicios declarados de interés público, añadiendo (Artículos 4.3 y 5.2) que en todo caso dispondrán de la capacidad sobre la infraestructura de titularidad autonómica.

Además, establece el artículo 3, apartado 5 del Proyecto establece que *«la declaración de interés público de Servicios Ferroviarios de Andalucía de conformidad con los artículos siguientes, supondrá*

la declaración de utilidad pública e interés social, la necesidad de ocupación y la declaración de urgencia de la misma, a efectos de la expropiación forzosa de todos los bienes y derechos que sean necesarios para garantizar su prestación, de acuerdo con lo previsto en la legislación expropiatoria».

relativas a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, sino también las específicas aplicables a la prestación de servicios de interés público (Artículos 4.3 y 5.2 del Proyecto).

En cuanto al resto de los servicios se prevé su apertura al mercado de acuerdo con un sistema de acceso transparente y no discriminatorio a la infraestructura ferroviaria por las empresas de transporte en posesión de Licencia de Empresa Ferroviaria con arreglo a las disposiciones de derecho comunitario.

La Disposición transitorio única se refiere a la mejora de los servicios existentes que discurren íntegramente por el territorio andaluz sobre infraestructura de titularidad estatal, hasta que se produzca el traspaso de los recursos necesarios para el ejercicio de las competencias por la Comunidad Autónoma. Para ello se posibilita la celebración de convenios de colaboración con la Administración General del Estado, o sus entidades públicas. En estos convenios podrá preverse que las aportaciones de la Administración de la Junta de Andalucía consistan en la ejecución de actuaciones sobre infraestructura de titularidad estatal o en la cesión de material móvil.

5.3.4. Configuración de «Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía».

La infraestructura incluida en el ámbito de la competencia de la comunidad Autónoma se concreta mediante su inclusión en «Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía». Estas son las infraestructuras ferroviarias titularidad de la Comunidad Autónoma, que se desarrollen íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía estén o no conectadas a infraestructuras de titularidad estatal.

La integración de nuevas infraestructuras ferroviarias en Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía, se produciría mediante la aprobación del correspondiente Estudio Informativo conforme a la Ley. Si la infraestructura ferroviaria ya estuviera construida y fuera de titularidad de otra Administración Pública se realizará mediante acuerdo suscrito al efecto (Artículo 8 del proyecto).

Sobre las infraestructuras existentes, la disposición adicional segunda del Proyecto sujeta a sus normas, como Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía, titularidad de la Comunidad Autónoma, las infraestructuras ferroviarias ejecutadas hasta su entrada en vigor con cargo al presupuesto autonómico. Ello no impide la celebración de convenios de colaboración con otras Administraciones para su traspaso previendo compensaciones económicas o de otro orden a favor de la Administración Autonómica. La determinación concreta de estas infraestructuras se prevé realizar mediante Orden de la Consejería competente en materia de transportes

Además, serían Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía, las correspondientes a estudios informativos ya aprobados por la Administración Junta de Andalucía. En este caso se exceptúan las ejecutadas por otra Administración o por decidirlo así la Consejería competente en materia de transportes.

El proyecto parte de una realidad heterogénea. La Administración de la Junta de Andalucía ha venido planificando, proyectando, financiando y ejecutando infraestructuras ferroviarias durante los últimos años. Por ello es necesario superponer el nuevo marco jurídico a esa realidad preexistente. Criterios fundamentales de este cometido son el acuerdo con las Administraciones implicadas y la habilitación la Administración para su concreción.

Se incorporan finalmente al proyecto de Ley disposiciones relativas al establecimiento (Artículo 9), el proyecto y la construcción (Artículo 10 y siguientes), las limitaciones a la propiedad (Artículos 20 y siguientes), Inspección (Artículo 29) e instrumentos y medidas de protección (Artículos 20 y 30).

5.3.5. El acceso a «Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía».

Con carácter general se parte de un sistema de acceso respetuoso con las disposiciones de derecho comunitario, mediante la previsión de desarrollo normativo adecuado en cuanto a la declaración sobre la Red, la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria a favor de empresas ferroviarias y otros candidatos. Para ello además, mediante ley del Parlamento de Andalucía se establecerá un canon por la utilización de las infraestructuras ferroviarias integradas en Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía (Artículo 21 del Proyecto).

Esta regla general resulta matizada:

- En primer lugar, el acceso a «Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía» por cualquier otra Administración Pública y sus entidades dependientes, para la prestación de servicios de su competencia, se regirá por el correspondiente convenio de colaboración con las compensaciones económicas que procedan y atendiendo a un principio de reciprocidad (Artículo 21, apartado 5, del proyecto)
- En segundo lugar, respecto de los servicios de transportes de interés público fundamentalmente, la entidad administradora debe poner a disposición de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades vinculadas o dependientes, la capacidad de infraestructura que precisen, regulando sus relaciones mediante convenio de colaboración. En el mismo orden de cosas, para los prestadores de servicios de transportes de interés público se estará a lo previsto en el correspondiente título habilitante, pudiendo entenderse como tal la correspondiente concesión administrativa. Todo ello resulta de los artículos 4, 5 y 21, apartado 5, del Proyecto.

5.3.6. Con relación al Organismo Regulador a que se refiere el Artículo 30 de la Directiva 2001/14/CE, ya reproducido, la disposición adicional primera del proyecto atribuye sus funciones a la Consejería competente en materia de transportes debiendo la Administración autonómica, en el desarrollo reglamentario, adoptar las medidas precisas para garantizar la independencia en el ejercicio de las funciones reguladoras, en los términos previstos en las normas comunitarias de aplicación.

5.3.7. Transportes ferroviarios urbanos y metropolitanos. Corredor Ferroviario de la Costa del Sol.

El proyecto de Ley integra en los “Servicios Ferroviarios de Andalucía” y en las “Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía”, los servicios e infraestructuras regulados en la Ley 2/2003, de 18 de mayo, de Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros de Andalucía, que antes analizamos.

En este punto, el proyecto de Ley completa el régimen jurídico de los ferrocarriles urbanos y metropolitanos. Ello en un doble sentido: en primer lugar porque explicita la aplicación de la Ley 2/2003 a los tranvías y modos de transporte similares titularidad de la Comunidad Autónoma así como a la infraestructuras tranviarias y análogas que le sirven de soporte; en segundo lugar porque afirma la aplicación de la Ley ahora debatida con carácter supletorio a las previsiones de la Ley 2/2003 (Artículo 1 del Proyecto de Ley).

Además, el proyecto de Ley establece normas especiales para los sistemas ferroviarios urbanos y metropolitanos. Efectivamente, uno de los problemas que suscitan estos modos de transportes es la superposición de infraestructuras y sus funcionalidades. La regulación propuesta pretende facilitar la distinción, desde el punto de vista de la titularidad, conservación, mantenimiento y operación, entre el servicio público viario y el ferroviario (Artículo 23 del proyecto)²⁰.

Por último, la disposición transitoria del proyecto de Ley prevé la sujeción de los servicios de transporte mediante ferrocarril que se desarrollen en ámbitos metropolitanos y de cercanías, a los planes de movilidad que pudieran aprobarse de acuerdo con las previsiones de la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía²¹.

También se contienen y prevén normas especiales para el Corredor Ferroviario de la Costa del Sol y la prestación de servicios metropolitanos sobre el mismo, habilitando al Consejo de Gobierno para el establecimiento de las citadas normas. Además, se habilita a la Administración de la Junta de Andalucía para celebrar Convenios de Colaboración con otras Administraciones Públicas, o sus entidades dependientes, para la construcción, financiación, explotación y administración del Corredor Ferroviario de la Costa del Sol.

6. REFLEXIÓN FINAL

Basta una simple lectura para comprender que en estas líneas no se ha pretendido un estudio profundo y extenso de la regulación del sector ferroviario europeo, estatal o autonómico ni entrar a desmenuzar de forma exhaustiva en el Proyecto de Ley de Servicios Ferroviarios de Andalucía, sujeto por otro lado a desarrollo reglamentario.

Se han expuesto las líneas fundamentales de este proyecto normativo, entendiendo que es el grado de análisis suficiente para comprender el posible futuro del transporte mediante ferrocarril en Andalucía. Las características esenciales del modelo de prestación de servicios que se propone, sujeto siempre a la evolución misma del mercado ferroviario europeo.

De acuerdo con la ordenación comunitaria, partiendo de la separación entre las actividades de administración de infraestructura y de prestación de servicios de transporte, el proyecto establece un equilibrio entre la apertura al mercado y la garantía de prestación de los servicios de transporte de

20. Artículo 23. *Normas especiales para sistemas ferroviarios urbanos y metropolitanos*. 1. Son de dominio público los terrenos ocupados por la infraestructura de sistemas ferroviario de transporte urbanos, subterráneos o en superficie, tranviario o metropolitano de titularidad autonómica, incluido en todos los casos los ocupados por la plataforma de vía, todos los elementos funcionales e instalaciones afectadas a la explotación del sistema de transporte. Igualmente es de dominio público el subsuelo, así como la proyección vertical de los terrenos ocupados por la infraestructura en los términos que se determine reglamentariamente. 2. La Administración de la Junta de Andalucía podrá celebrar convenios de colaboración con las Corporaciones locales afectadas para el uso y conservación del dominio público municipal, incluyendo en su caso la relación con la circulación y el tráfico urbano. Los sistemas de transporte a que se refiere este apartado tendrán preferencia respecto de cualquier otro sistema de transporte individual o colectivo urbano, no considerándose los cruces al mismo nivel en estos casos pasos a nivel ferroviario a los efectos previstos normativamente. 3. La conservación y el mantenimiento de las infraestructuras de sistemas y modos ferroviarios urbanos, tranviarios o metropolitanos, corresponde a la Administración que fuera su titular.

21. Artículos 19 y siguientes de la citada Ley.

interés público, dotando a la Administración de la Junta de Andalucía de los instrumentos necesarios para ello.

Por otra lado, se establece un marco jurídico cierto y estable a las actividades de planificación, proyección, construcción, protección y administración de las infraestructuras ferroviarias, consolidando, también en este punto, las bases del futuro desarrollo de los ferrocarriles de Andalucía.

Como decíamos al principio, el resultado final del Proyecto de Ley y su nuevo entorno se analizarán en próximas reflexiones.

PROYECTO DE LEY DE SERVICIOS FERROVIARIOS DE ANDALUCÍA

I

El ferrocarril tiene especial importancia en el marco de la definición de nuevas estrategias y objetivos de movilidad sostenible, esto es, en el desarrollo de los medios de transporte favorables al medio ambiente. Constituye el eje de un sistema de transporte de calidad.

De acuerdo con esta importancia estratégica, el ferrocarril ha sido especialmente considerado en el conjunto de las nuevas medidas normativas, de planificación y programación de la Unión Europea, destacando en este sentido el Libro Blanco *«La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad»*, los denominados paquetes ferroviarios como conjunto de medidas normativas para su desarrollo y la nueva ordenación del sector ferroviario que resulta de las disposiciones comunitarias que los han implementado. Entre las normas comunitarias destacan la Directiva 1991/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, de desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, modificada por la Directiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, y por la Directiva 2004/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril; la Directiva 2001/14/CE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización, modificada por la Directiva 2004/49/CE; Directiva 95/18/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias, modificada por la Directiva 2001/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, y por la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril.

Uno de los principios en los que se asienta esta nueva ordenación, instrumento de impulso y mejora del ferrocarril como modo de transporte, es la separación, desde el punto de vista del régimen jurídico y económico, actividades y funciones, entre las infraestructuras ferroviarias y los servicios de transporte ferroviario. Sobre este presupuesto se pretende garantizar la apertura al mercado de las actividades de prestación de los servicios de transporte ferroviario, sin dejar de preservar el interés público mediante la intervención de las autoridades en cada caso competentes.

II

Este contexto europeo y el objetivo estratégico que ha definido son plenamente válidos y aplicables a las circunstancias económicas y territoriales de Andalucía, caracterizada por las amplias distancias que separan sus principales núcleos de población, concentrando en ellos una mayoría de sus ciudadanos y hasta dos terceras partes de su actividad económica.

Atendiendo a estas circunstancias, y para lograr un eficaz sistema de transporte ferroviario, la Junta de Andalucía ha estimado necesario dotar a la Comunidad Autónoma de normas propias de rango legal que permitan la consecución de los fines que se pretenden. Se cumple con ello, además, uno de los objetivos básicos previstos en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado mediante Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, el de la realización de un eficaz sistema de comunicaciones que potencie los intercambios humanos, culturales y económicos.

III

La Comunidad Autónoma de Andalucía tiene, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, apartados 9 y 10, del Estatuto

de Autonomía para Andalucía, competencia exclusiva, y por tanto normativa, sobre los servicios de transporte mediante ferrocarril cuyo itinerario se desarrolle íntegra y exclusivamente sobre territorio andaluz. Esta competencia alcanza a los servicios de transporte, en los términos indicados, cualquiera que sea la titularidad de la infraestructura sobre la que se desarrolle, incluida la estatal, como sucede en el transporte por carretera, y ello precisamente tras la nueva ordenación del transporte ferroviario de la que resulta la separación de la infraestructura y los servicios desde el punto de vista del ejercicio de las actividades, funciones y potestades sobre las mismas.

Por otra parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía también tiene, de acuerdo con el mismo precepto, competencia exclusiva en materia de ferrocarriles entendidos como infraestructura u obra pública, cuyo itinerario se desarrolle íntegramente sobre el territorio andaluz y no tenga la consideración legal de interés general del Estado.

Esta competencia normativa en materia de transporte ferroviario y ferrocarriles se complementa con la competencia en materia de ordenación territorial y urbanismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, apartado 8, del Estatuto de Autonomía para Andalucía, no sólo por el carácter autonómico de las infraestructuras a que se refiere sino porque los ferrocarriles y el transporte mediante ferrocarril constituyen un fundamental instrumento para la vertebración territorial de Andalucía.

IV

La Ley se ha estructurado en siete títulos, en cuya regulación destacan los servicios ferroviarios de Andalucía, los derechos y obligaciones de las usuarias y usuarios, las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía, y el régimen sancionador.

En el Título I, Disposiciones Generales, además del objeto y ámbito de aplicación de la ley, se establece como finalidad de la misma la promoción del transporte público en el marco de un desarrollo sostenible.

De acuerdo con este principio se pretende seguir avanzando en la consecución en Andalucía de un modelo de transporte rápido, seguro y sostenible que, en línea con lo propuesto en el Libro Blanco del Transporte, contribuya al bienestar económico y social sin perjudicar la salud humana ni el medio ambiente.

El modelo así definido persigue facilitar el uso del transporte público, especialmente por las personas con menos recursos para acceder al transporte privado, disminuir las barreras que impiden el acceso a las personas con movilidad reducida, así como mejorar el medio ambiente y favorecer el cumplimiento de los compromisos internacionales en su protección.

Especial importancia tiene el Título II referido a los Servicios Ferroviarios de Andalucía, considerando como tales los de trans-

porte ferroviario de personas y mercancías que discurren íntegra y exclusivamente por el territorio andaluz. Esta previsión alcanza a los que se desarrollan sobre infraestructura de titularidad de la Comunidad Autónoma, sobre infraestructura de titularidad estatal o de otra Administración Pública, si bien respetando las normas que resulten de aplicación al uso de la citada infraestructura.

En todo caso, los Servicios Ferroviarios de Andalucía son servicios de interés general y esencial para la comunidad. Destacan entre ellos los Servicios de Alta Velocidad Interior de Andalucía, que expresamente se declaran de interés público a los efectos previstos en las normas europeas relativas a este tipo de servicios, garantizando así su prestación. Esta declaración se justifica en su importancia desde el punto de vista de la ordenación territorial y de la vertebración económica de nuestro territorio, al posibilitar una comunicación rápida, de calidad y sostenible entre todas las capitales de Andalucía y los principales núcleos de población. No se impide en cualquier caso la misma declaración de interés público, con los mismos efectos, respecto del resto de los servicios.

Se garantiza, en todo caso, el pleno cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación y el respeto a las normas comunitarias que, para estos casos, resulten de aplicación a la prestación de servicios de interés público.

El Título III, relativo a los derechos de las personas consumidoras y usuarias, contiene un expreso compromiso de calidad bajo la tutela de la Administración de la Junta de Andalucía, estableciendo los instrumentos necesarios para hacer efectivos tales derechos e intereses de las usuarias y los usuarios de acuerdo con los fines generales de la presente ley.

El Título IV se refiere a la Infraestructura Ferroviaria de Andalucía y está integrado por seis capítulos que regulan el establecimiento, proyecto y construcción de las infraestructuras ferroviarias de Andalucía así como su relación con el planeamiento urbanístico municipal, las limitaciones a la propiedad, la administración de las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía, las infraestructuras ferroviarias en centros intermodales de transportes de mercancías, normas especiales en materia de sistemas ferroviario en entornos urbanos y metropolitanos, así como una referencia a las infraestructuras ferroviarias de titularidad privada.

La administración de las infraestructuras ferroviarias se considera un servicio de interés general y esencial para la comunidad, que se prestará de acuerdo con las normas de desarrollo de la presente Ley, con pleno respeto a las disposiciones de Derecho Comunitario, previéndose su atribución al Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces, creado mediante la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Transportes Urbanos y Metropolitanos de Andalucía.

Los Títulos V, VI y VII se refieren a la prestación de los servicios adicionales, complementarios y auxiliares; a la seguridad ferroviaria, conteniendo previsiones relativas a la habilitación del personal ferroviario, homologación del material móvil y puesta en ser-

vicio de los sistemas ferroviarios, y la regulación del régimen sancionador y la inspección en el ámbito de las competencias de la Junta de Andalucía.

Además la Ley tiene dos disposiciones adicionales, entre las que destaca la primera, sobre el organismo regulador a que se refiere la Directiva 2001/14/CE, relativa a la adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización, modificada por la Directiva 2004/49/CE; una disposición transitoria; una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. Por último, se incluye un Anexo comprensivo de definiciones.

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación.*

1. El objeto de esta Ley es la regulación, en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de la prestación de los servicios de transporte público mediante ferrocarril, de la construcción y administración de las infraestructuras ferroviarias, así como de la prestación de los servicios ferroviarios adicionales, complementarios y auxiliares.

2. Los servicios de transporte ferroviario regulados por la Ley 2/2003, de 12 de mayo, así como los tranvías y modos de transporte similares de titularidad autonómica, tendrán la consideración de Servicios Ferroviarios de Andalucía y se regirán por lo previsto en dicha norma para los ferrocarriles metropolitanos, aplicándose la presente Ley con carácter supletorio.

3. Las infraestructuras ferroviarias de titularidad autonómica reguladas por la Ley 2/2003, así como las que constituyen el soporte de sistemas tranviarios y análogos también autonómicos, se consideran integradas en Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía, y se regirán por las previsiones de dicha norma para los ferrocarriles metropolitanos, aplicándose la presente Ley con carácter supletorio.

Artículo 2. *Fines y principios.*

Las Administraciones Públicas, dentro del marco de sus competencias, promoverán la adecuada satisfacción de las necesidades de transporte mediante ferrocarril en condiciones idóneas de rapidez, calidad, comodidad, eficacia, alta capacidad, intermodalidad, con protección de los derechos e intereses de las personas usuarias, sostenibilidad y respeto al medio ambiente. De la misma manera se eliminarán las barreras que supongan limitación de acceso al ferrocarril para las personas con disca-

pacidad o movilidad reducida en los términos que prevean las normas de desarrollo de la presente Ley.

TÍTULO II SERVICIOS FERROVIARIOS DE ANDALUCÍA

Artículo 3. *Concepto y régimen jurídico general.*

1. Son Servicios Ferroviarios de Andalucía, a los efectos de esta Ley, los servicios de transporte ferroviario de viajeros y mercancías que discurren íntegra y exclusivamente por el territorio andaluz, así como aquellos que tengan su origen y destino en la Comunidad Autónoma.

Estos servicios se podrán desarrollar sobre infraestructura de titularidad de la Comunidad Autónoma, sobre infraestructura de titularidad estatal o de otra Administración Pública, o de sus respectivas entidades dependientes, con cumplimiento de las normas que resulten de aplicación al uso de la citada infraestructura.

2. Los Servicios Ferroviarios de Andalucía son servicios de interés general y esencial para la comunidad.

Dichos servicios, como instrumento de ordenación territorial, constituirán un sistema de transporte integrado bajo criterios de intermodalidad que favorecerá la movilidad en el territorio de la Comunidad Autónoma.

3. Los Servicios Ferroviarios de Andalucía se clasifican en: Servicios Ferroviarios Convencionales de Andalucía y Servicios de Alta Velocidad Interior de Andalucía.

4. Para la prestación de los Servicios Ferroviarios de Andalucía, las empresas ferroviarias deberán estar en posesión de licencia de empresa ferroviaria otorgada de conformidad con la Directiva 95/18/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias, modificada por la Directiva 2001/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, y por la Directiva 2004/49/CE.

5. La declaración de interés público de Servicios Ferroviarios de Andalucía de conformidad con los artículos siguientes supondrá la declaración de utilidad pública e interés social, la necesidad de ocupación y la declaración de urgencia de la misma, a efectos de la expropiación forzosa de todos los bienes y derechos que sean necesarios para garantizar su prestación, de acuerdo con lo previsto en la legislación expropiatoria.

Artículo 4. *Servicios Ferroviarios Convencionales de Andalucía.*

1. Son Servicios Ferroviarios Convencionales de Andalucía los de transporte ferroviario comprendidos en este sistema de transporte de conformidad con las normas de Derecho Comunitario, y

los de transporte mediante ferrocarril que se desarrollan en ámbitos metropolitanos y de cercanías, excepto los servicios regionales incluidos en el artículo 5.

2. Constituye el objetivo fundamental de los Servicios Ferroviarios Convencionales de Andalucía la conexión de sus poblaciones para garantizar su cohesión, desarrollo territorial y proximidad, posibilitando el servicio al mayor número de personas y empresas.

El establecimiento y la explotación de estos Servicios Ferroviarios Convencionales de Andalucía se regirán por las disposiciones de desarrollo de la presente Ley, con pleno respeto a las disposiciones de Derecho Comunitario que resulten de aplicación y, si se desarrollasen sobre infraestructura estatal, con cumplimiento de las normas establecidas para el uso de la misma.

3. El Consejo de Gobierno podrá declarar de interés público determinados Servicios Ferroviarios Convencionales cuando sea preciso para garantizar su prestación de acuerdo con sus características sociales, medioambientales o de ordenación del territorio.

En estos casos, dichos servicios se prestarán por la Junta de Andalucía de forma indirecta mediante concesión, o de forma directa, en su caso a través de entidades y empresas de la Junta de Andalucía, con cumplimiento de las normas comunitarias que resulten de aplicación.

El otorgamiento de las concesiones administrativas para la prestación de los Servicios Ferroviarios Convencionales declarados de interés público se realizará con pleno cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, de acuerdo con las normas comunitarias que, para estos casos, resulten de aplicación a la prestación de servicios de interés público.

La Consejería competente en materia de transportes, o la entidad pública competente, solicitará, cuando fuera necesario, la capacidad de infraestructura estatal precisa para la prestación de los servicios declarados de interés público. En todo caso dispondrán de la capacidad sobre la infraestructura de titularidad autonómica. Lo previsto en este párrafo deberá entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 3.

Artículo 5. Servicios de Alta Velocidad Interior de Andalucía.

1. Los Servicios de Alta Velocidad Interior de Andalucía son aquellos que, con cumplimiento de las condiciones establecidas en las normas comunitarias reguladoras de este sistema de transporte, se establezcan por el Consejo de Gobierno para su prestación sobre las infraestructuras de alta velocidad y de altas prestaciones, ya sean titularidad de la Administración General del Estado o de la Administración de la Junta de Andalucía, incluyendo en ambos casos sus entidades dependientes.

Constituyen el objetivo fundamental de estos servicios la conexión mediante servicios de esta clase de todas las capitales de Andalucía y los principales núcleos de población.

2. Los Servicios de Alta Velocidad Interior de Andalucía son servicios de interés público y se prestarán por la Junta de Andalucía de forma indirecta mediante concesión o de forma directa, en su caso a través de entidades y empresas de la Junta de Andalucía, con cumplimiento de las normas comunitarias que resulten de aplicación.

El otorgamiento de las concesiones administrativas para la prestación de dichos Servicios se realizará con pleno cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, de acuerdo con las normas comunitarias que, para estos casos, resulten de aplicación a la prestación de servicios de interés público.

La Consejería competente en materia de transportes, o la entidad pública competente, solicitará, cuando fuera necesario, la capacidad de infraestructura estatal precisa para la prestación de los Servicios de Alta Velocidad Interior de Andalucía. En todo caso dispondrán de la capacidad sobre la infraestructura de titularidad autonómica. Lo previsto en este párrafo deberá entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 3.

3. La Consejería competente en materia de transportes podrá celebrar convenios de colaboración con la Administración General del Estado, o con las entidades públicas estatales en cada caso competentes, para compensar el importe de las inversiones realizadas por la Comunidad Autónoma sobre infraestructura estatal con las cantidades que hubieren de abonarse por el uso de las infraestructuras estatales para la prestación de los Servicios de Alta Velocidad Interior de Andalucía.

TÍTULO III

DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Artículo 6. Contenido.

1. Las personas usuarias de los servicios de transporte ferroviario tendrán derecho al uso de los mismos en los términos que se establezcan en la normativa vigente y, en su caso, en los contratos que celebren con las empresas ferroviarias. Estas respetarán los niveles de calidad que determine la Consejería competente en materia de transportes, quien autorizará, además, las condiciones generales de contratación y la adaptación de los servicios a las necesidades de las mujeres y los hombres en coherencia con el logro de igualdad real entre ambos sexos.

2. Concretamente, las personas usuarias de los servicios de transporte ferroviario de personas gozarán de los siguientes derechos:

a) Ser informado por la empresa ferroviaria, con la suficiente antelación, del horario de los servicios y de las tarifas correspondientes a estos.

b) Contratar, en su caso por vía telemática, la prestación del servicio ferroviario desde o hasta cualquiera de las estaciones en las que se recojan y se apeen las personas usuarias. A estos efectos, las empresas ferroviarias podrán prestar sus servicios entre cualesquiera estaciones del trayecto que cubran.

c) Recibir los equipajes y mercancías en el mismo estado en el que se entregan para la realización del transporte.

d) Recibir el servicio satisfaciendo los precios de acuerdo con las tarifas correspondientes.

e) Celebrar con la empresa ferroviaria un contrato de transporte ajustado a las normas de defensa y protección, actividad, desenvolvimiento y calidad de las personas consumidoras y usuarias. Los contratos tipo de transporte que afecten a las personas usuarias del servicio deberán ser previamente aprobados por la Consejería competente en materia de transportes, previo informe de la Consejería competente en materia de consumo.

f) Ser indemnizadas por la empresa ferroviaria, en caso de incumplimiento por esta de las obligaciones que le impongan esta Ley y las disposiciones que la desarrollen o de las asumidas en el contrato celebrado con ella.

g) Ser informadas de los procedimientos establecidos para resolver las controversias que puedan surgir en relación con el cumplimiento del contrato de transporte ferroviario.

b) A exigir que el personal dedicado a la prestación de los servicios ferroviarios tenga la cualificación exigida para que la prestación se desarrolle con las debidas garantías de seguridad y eficiencia.

i) A exigir que las empresas prestatarias de los servicios de transportes cuenten con equipamiento y material sanitario adecuado, así como que el personal esté preparado para atender situaciones de emergencia sanitaria en los términos previstos reglamentariamente

j) Cualesquiera otros que les reconozcan las normas vigentes y, en particular, las normas reguladoras de los derechos de las personas consumidoras y usuarias, así como disposiciones de Derecho Comunitario.

3. Las personas usuarias, sin perjuicio de poder instar la defensa de sus pretensiones, en los términos previstos en la vigente legislación, ante las Juntas Arbitrales de Transporte o ante las Juntas Arbitrales de Consumo y, en todo caso, ante la jurisdicción ordinaria, están facultadas para dirigir las reclamaciones relacionadas con la prestación del servicio a la empresa ferroviaria que lo lleve a cabo.

4. Las empresas ferroviarias deberán tener a disposición de las personas usuarias de los servicios un libro de quejas y reclamaciones, editado con arreglo al modelo establecido por las normas aplicables en materia de consumo.

TÍTULO IV

INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS DE ANDALUCÍA

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 7. *Concepto de infraestructura ferroviaria.*

A los efectos de esta Ley, se entenderá por infraestructura ferroviaria la totalidad de los elementos que formen parte de las vías principales y de las de servicio y los ramales de desviación para particulares o apartaderos, con excepción de las vías situadas dentro de los talleres de reparación de material rodante y de los depósitos o garajes de máquinas de tracción.

Entre dichos elementos se incluirán los terrenos, las estaciones, las terminales de carga, las obras civiles, los pasos a nivel, las instalaciones vinculadas a la seguridad, a las telecomunicaciones, a la electrificación, a la señalización de las líneas, al alumbrado y a la transformación y el transporte de la energía eléctrica, sus edificios anexos y cualesquiera otros que reglamentariamente se determinen.

Artículo 8. *Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía.*

1. Forman parte de Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía las infraestructuras ferroviarias titularidad de la Comunidad Autónoma, que se desarrollen íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía estén o no conectadas a infraestructuras de titularidad estatal.

La integración de nuevas infraestructuras ferroviarias en Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía se producirá mediante la aprobación del correspondiente estudio informativo en los términos previstos en la presente Ley.

La integración en Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía de infraestructuras ferroviarias ya construidas de titularidad de otra Administración Pública se realizará mediante convenio suscrito al efecto.

2. La Administración de la Junta de Andalucía cooperará con la del Estado para la conexión de Infraestructuras Ferroviarias de

Andalucía con la infraestructura ferroviaria de titularidad estatal, fomentando su interoperabilidad.

CAPÍTULO II
**Establecimiento, proyecto y construcción de las
Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía**

Artículo 9. Establecimiento.

1. Corresponde a la Consejería competente en materia de transportes decidir el establecimiento o la modificación de las líneas ferroviarias, o sus tramos, y demás elementos a que se refiere el artículo 7 de las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía mediante la aprobación de un estudio informativo conforme a esta Ley y, en su caso, su desarrollo reglamentario.

2. El estudio informativo a que se refiere el apartado anterior comprenderá el análisis y la definición, en aspectos tanto geográficos como funcionales, de las opciones de trazado de una actuación determinada y, en su caso, de la selección de la alternativa más recomendable como solución propuesta. El estudio informativo constituirá el documento básico a efectos de la correspondiente tramitación ambiental e incluirá la documentación que prevea la legislación ambiental.

El estudio informativo, cuya tramitación corresponde a la Consejería competente en materia de transportes, se remitirá a las Administraciones Públicas afectadas, con objeto de que, durante el plazo de un mes, examinen si el trazado propuesto es el más adecuado para el interés general y para los intereses que representan. Transcurrido dicho plazo sin que dichas Administraciones Públicas informen al respecto, se entenderá que están conformes con la solución propuesta.

En el caso de nuevas líneas ferroviarias, de tramos de las mismas o de otros elementos de la infraestructura ferroviaria, no incluidos en el planeamiento urbanístico vigente de los núcleos de población a los que afecten y en que se manifestara disconformidad por las Entidades Locales afectadas, necesariamente motivada, el expediente, una vez concluida la tramitación prevista en el presente artículo, será elevado al Consejo de Gobierno que decidirá si procede ejecutar la actuación y, en este caso, acordará la modificación o revisión del planeamiento afectado, que deberá acomodarse a las determinaciones del estudio informativo en el plazo de un año desde su aprobación.

3. Con carácter simultáneo al trámite de informe a que se refiere el apartado anterior, el estudio informativo se someterá, en la forma prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a un trámite de información pública durante un período de 30 días hábiles. Las observaciones

realizadas en este trámite deberán versar sobre la concepción global del trazado.

4. Concluidos los plazos de audiencia e información pública, la Consejería competente en materia de transportes remitirá el expediente completo, que incluirá el estudio informativo y el resultado de los trámites de audiencia e información pública, a la Consejería competente en materia de medio ambiente por el plazo y tramitación previstos en la normativa ambiental.

5. Completada la tramitación prevista en el apartado anterior, la Consejería competente en materia de transportes dictará resolución aprobando en su caso el estudio informativo, que determinará la inclusión de la línea o tramo a que este se refiera en las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía.

Con ocasión de las revisiones de los instrumentos de planeamiento urbanístico, o en los casos que se apruebe un tipo de instrumento distinto al anteriormente vigente, se incluirán las nuevas líneas ferroviarias o tramos de las mismas contenidos en los estudios informativos aprobados con anterioridad.

6. En aquellos casos en que se redacte directamente el proyecto de construcción, sin previa redacción de estudio informativo, se aplicará el procedimiento previsto en este artículo, si bien todas las referencias relativas al estudio informativo deberán entenderse realizadas a dicho proyecto constructivo. En este supuesto, la aprobación del proyecto de construcción corresponderá a la Consejería competente en materia de transportes.

Artículo 10. Proyecto y construcción.

1. Los proyectos básicos y de construcción de las líneas ferroviarias o de tramos de las mismas, y demás elementos a que se refiere el artículo 7, se aprobarán y ejecutarán conforme disponga la resolución de la Consejería que determine su establecimiento o modificación. La aprobación de los proyectos corresponde a la Consejería competente en materia de transportes o, en su caso, al Ente Público de Gestión de Ferrocarriles de Andalucía cuando tenga atribuida dicha competencia, salvo en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 9.

Se entiende por proyecto de construcción el que establece el desarrollo completo de la solución adoptada en relación con la necesidad de una determinada infraestructura ferroviaria, con el detalle necesario para hacer factible su construcción y posterior explotación. El proyecto básico es la parte del proyecto de construcción que contiene los aspectos geométricos del mismo, así como la definición concreta de los bienes y derechos afectados.

2. La aprobación del correspondiente proyecto básico o el de construcción de líneas ferroviarias, tramos de las mismas u otros elementos de la infraestructura ferroviaria o de modificación de las preexistentes, supondrá la declaración de utilidad pública o in-

terés social, la necesidad de ocupación y la declaración de urgencia de la misma, a efectos de la expropiación forzosa de los bienes y derechos que requiera la actuación.

3. La construcción se realizará por la Consejería competente en materia de transportes, de conformidad con las previsiones de la legislación que rige la contratación de las Administraciones Públicas para el contrato de obras, de concesión de obras públicas o, en su caso, de gestión de servicios públicos.

El Consejo de Gobierno podrá atribuir la competencia sobre la construcción al Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces.

Igualmente, la Consejería competente en materia de transportes y el Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces podrán encargar a una sociedad mercantil de capital íntegramente público de las previstas en el artículo 6.1 a) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma la construcción y explotación de las obras ferroviarias. En la Resolución de encargo, entre otras determinaciones, se definirá su objeto, el régimen de control y recepción de las obras, las aportaciones económicas y la compensación por los gastos incurridos en la ejecución del encargo.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán celebrarse convenios de colaboración con la Administración General del Estado o las entidades públicas de ella dependientes para la construcción y administración de las infraestructuras que formen parte de Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía.

Artículo 11. Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía y urbanismo.

1. Los Planes Generales y demás instrumentos generales de ordenación urbanística calificarán los terrenos que se ocupen por las infraestructuras ferroviarias que formen parte de las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía como sistema general ferroviario o equivalente y no incluirán determinaciones que impidan o perturben el ejercicio de las competencias en materia de ferrocarriles por la Administración de la Junta de Andalucía o por las entidades públicas de ella dependientes.

2. Asimismo, en los casos en que se acuerde la redacción, revisión o modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico que afecte a líneas ferroviarias, a tramos de las mismas, a otros elementos de la infraestructura ferroviaria o a las zonas de servicio, el órgano con facultades para acordar su aprobación inicial podrá, con anterioridad a esta, solicitar información previa a la Consejería competente en materia de transportes y de la entidad administradora de la infraestructuras ferroviarias, quienes deberán emitirla en el plazo de un mes. En todo caso, tendrán carácter vinculante para el órgano con facultades para acordar la

aprobación inicial citada, a los efectos previstos en el presente apartado, las determinaciones y previsiones contenidas en los planes de ordenación territorial.

Aprobado inicialmente el instrumento de planeamiento urbanístico, este se someterá a informe vinculante de la Consejería competente en materia de transportes y de la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias, que deberán emitirlo en el plazo de un mes. Si transcurrido dicho plazo no se hubiera evacuado el informe citado, se entenderá su conformidad con el proyecto.

3. Las obras de construcción, reparación o conservación de líneas ferroviarias, de tramos de las mismas o de otros elementos de la infraestructura que se regulan en la presente Ley, tienen el carácter de obras públicas de interés para la Comunidad Autónoma y no están sometidas a licencia urbanística ni a otros actos de control preventivo que establece la legislación de régimen local, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer y del deber de informar al municipio afectado, previamente al inicio de las obras.

4. La Administración de la Junta de Andalucía, o el Ente Público de Gestión de los Ferrocarriles Andaluces, no precisará las autorizaciones, permisos o licencias administrativas de primera instalación, funcionamiento o apertura previstas en la normativa vigente para el desarrollo de actividades vinculadas directamente al tráfico ferroviario.

Las autorizaciones y, en su caso, las concesiones otorgadas a particulares para la realización de otras obras o actividades en la zona de servicio ferroviario no eximirán a sus titulares de obtener los permisos, licencias y demás autorizaciones que, en cada caso, sean exigidas por otras disposiciones legales.

Artículo 12. Zonas de servicio ferroviario.

1. La Consejería competente en materia de transportes podrá delimitar, especialmente en ámbitos vinculados a estaciones o terminales de carga, zonas de servicio ferroviario que incluirán los terrenos necesarios para la ejecución de infraestructuras ferroviarias y para la realización de las actividades propias de la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias, los destinados a tareas complementarias de aquellas y los espacios de reserva que garanticen el desarrollo del servicio ferroviario.

Sin perjuicio de las actividades a que se refiere el párrafo anterior, dentro de la zona de servicio ferroviario podrán realizarse otras de carácter industrial, comercial y de servicios cuya localización esté justificada por su relación con aquellas, de conformidad con lo que determine el Proyecto de Delimitación y Utilización de Espacios Ferroviarios y el planeamiento urbanístico correspondiente.

2. El establecimiento de la zona de servicio se hará a través de un Proyecto de Delimitación y Utilización de Espacios Ferrovia-

rios, que incluirá las actividades que se prevé desarrollar en las diversas áreas así como su justificación o conveniencia. El Proyecto será elaborado y aprobado por la Consejería competente en materia de transportes. Reglamentariamente se establecerá el contenido, la documentación y el procedimiento que se debe seguir para su aprobación, que comprenderá, necesariamente, la emisión de informe por las administraciones urbanísticas locales sobre aspectos de su competencia.

La aprobación del Proyecto de Delimitación y Utilización de Espacios Ferroviarios llevará implícita la declaración de utilidad pública o interés social, la necesidad de ocupación y la declaración de urgencia de la misma, a efectos expropiatorios, de los bienes y derechos necesarios para su implantación.

3. Los Planes Generales y demás instrumentos generales de ordenación urbanística calificarán los terrenos destinados a zonas de servicio ferroviario como sistema general ferroviario o equivalente y no incluirán determinaciones que impidan o perturben el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de ferrocarriles y transporte ferroviario.

4. El sistema general ferroviario referido a las zonas de servicio establecido en el oportuno Proyecto de Delimitación y Utilización de Espacios Ferroviarios se desarrollará a través de un Plan Especial de ordenación de la zona de servicio ferroviario que, por su carácter supramunicipal, se tramitará y aprobará por la Administración de la Junta de Andalucía de conformidad con la legislación urbanística. En todo caso se someterá a informe del municipio o municipios afectados.

5. Las obras que se lleven a cabo en la zona de servicio ferroviario deberán adaptarse al Plan Especial de ordenación de esta.

Hasta la aprobación del Plan Especial de ordenación de la zona de servicio ferroviario a que se refiere el apartado anterior, las obras que se realicen en la zona de servicio ferroviario de conformidad con lo previsto en el artículo 10 deberán ser compatibles con el Proyecto de Delimitación y Utilización de Espacios Ferroviarios.

6. No procederá la suspensión de la ejecución, por los órganos urbanísticos, de las actuaciones y obras ferroviarias que regula la presente Ley cuando estas se lleven a cabo en cumplimiento de los planes y de los proyectos de obras aprobados por los órganos competentes. Esta disposición sólo es aplicable a las obras a que se refiere el párrafo primero del apartado 1 del presente artículo.

CAPÍTULO III

Limitaciones a la propiedad

Artículo 13. *Alcance.*

A los efectos de esta Ley, se establecen en las líneas ferroviarias que formen parte de las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía una zona de dominio público, otra de protección y un límite

de edificación. Tanto las referidas zonas como el límite de edificación se registrarán por lo establecido en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo.

Artículo 14. *Zona de dominio público.*

1. La zona de dominio público comprende los terrenos ocupados por las líneas ferroviarias que formen parte de las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía y una franja de terreno de ocho metros a cada lado de la plataforma, medida en horizontal y perpendicularmente al eje de la misma, desde la arista exterior de la explanación.

2. La arista exterior de la explanación es la intersección del talud del desmonte, del terraplén o, en su caso, de los muros de sostenimiento colindantes con el terreno natural.

En los casos especiales de puentes, viaductos, estructuras u obras similares, se podrán fijar como aristas exteriores de la explanación las líneas de proyección vertical del borde de las obras sobre el terreno, siendo, en todo caso, de dominio público el terreno comprendido entre las referidas líneas.

3. En los túneles, la determinación de la zona de dominio público se extenderá a la superficie de los terrenos necesarios para asegurar la conservación y el mantenimiento de la obra, de acuerdo con las características geotécnicas del terreno, su altura sobre aquellos y la disposición de sus elementos, tomando en cuenta circunstancias tales como su ventilación y sus accesos.

Artículo 15. *Zona de protección.*

La zona de protección de las líneas ferroviarias consiste en una franja de terreno a cada lado de las mismas delimitada, interiormente, por la zona de dominio público definida en el artículo 14 y, exteriormente, por dos líneas paralelas situadas a 70 metros de las aristas exteriores de la explanación.

Artículo 16. *Reducción de distancias.*

1. Reglamentariamente, podrá determinarse una distancia inferior a la establecida en los artículos precedentes para delimitar la zona de dominio público y la de protección, en función de las características técnicas de la línea ferroviaria de que se trate y de las características del suelo por el que discurra dicha línea.

2. En suelo clasificado como urbano consolidado por el correspondiente planeamiento urbanístico, las distancias establecidas en los artículos anteriores para la protección de la infraestructura ferroviaria serán de cinco metros para la zona de dominio público

y de ocho metros para la de protección, contados en todos los casos desde las aristas exteriores de la explanación. Dichas distancias podrán ser reducidas por la Consejería competente en materia de transportes, siempre que se acredite la necesidad de la reducción, la inexistencia de afección negativa a la seguridad de las personas, los bienes o el medio ambiente, y no se ocasione perjuicio a la regularidad, conservación y el libre tránsito del ferrocarril. En ningún caso, la distancia correspondiente a la zona de dominio público puede ser inferior a dos metros garantizando en todo caso la seguridad.

Artículo 17. Normas especiales en las zonas de dominio público y de protección.

1. Sólo podrán realizarse obras o instalaciones en la zona de dominio público, previa autorización de la entidad administradora de la infraestructura ferroviaria, cuando sean necesarias para la prestación del servicio ferroviario o bien cuando la prestación de un servicio de interés general así lo requiera. Excepcionalmente y por causas debidamente justificadas, podrá autorizarse el cruce de la zona de dominio público, tanto aéreo como subterráneo, por obras e instalaciones de interés privado.

En los supuestos de ocupación de la zona de dominio público ferroviario, quien la realizare estará obligado a la limpieza y recogida del material situado en los terrenos ocupados hasta el límite de la citada zona, previo requerimiento de la Administración pública o de la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias, si no se atiendiere el requerimiento dentro del plazo conferido, actuará de forma subsidiaria la citada Administración pública o la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias, mediante la realización de las necesarias labores de limpieza y recogida del material, quedando quien hubiere ocupado los terrenos obligado a resarcir los gastos en que se hubiere incurrido por dicha actuación.

2. Para ejecutar en las zonas de dominio público y de protección de la infraestructura ferroviaria cualquier tipo de obras o instalaciones fijas o provisionales, cambiar el destino de las mismas o el tipo de actividad que se puede realizar en ellas y plantar o talar árboles, se requerirá la previa autorización de la entidad administradora de la infraestructura ferroviaria

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las competencias de otras Administraciones públicas o de las atribuidas a otros órganos de la Administración Autonómica.

Cualesquiera obras que se lleven a cabo en la zona de dominio público y en la zona de protección que tengan por finalidad salvaguardar paisajes o construcciones o limitar el ruido que provoca el tránsito por las líneas ferroviarias serán costeadas por quien las promueva.

3. En la zona de protección no podrán realizarse obras ni se permitirán más usos que aquellos que sean compatibles con la seguridad del tráfico ferroviario previa autorización, en cualquier caso, de la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias. Esta podrá utilizar o autorizar la utilización de la zona de protección por razones de interés general o cuando lo requiera el mejor servicio de la línea ferroviaria.

Serán indemnizables la ocupación de la zona de protección y los daños y perjuicios que se causen por su utilización, con arreglo a lo establecido en la legislación de expropiación forzosa.

La denegación de la autorización podrá fundarse en las previsiones de los planes o proyectos de ampliación o variación de la línea ferroviaria en los diez años posteriores al acuerdo.

4. Podrán realizarse cultivos agrícolas en la zona de protección, sin necesidad de autorización previa. En cualquier caso deberá garantizarse la correcta evacuación de las aguas de riego y adoptar las medidas necesarias para que no se causen perjuicios a la explanación, quedando prohibida la quema de rastrojos.

5. En las construcciones e instalaciones ya existentes podrán realizarse, exclusivamente, obras de reparación y mejora, siempre que no supongan aumento de volumen de la construcción y sin que el incremento de valor que aquellas comporten puedan ser tenidas en cuenta a efectos expropiatorios. En todo caso, tales obras requerirán la previa autorización de la entidad administradora de la infraestructura ferroviaria, sin perjuicio de los demás permisos o autorizaciones que pudieran resultar necesarios en función de la normativa aplicable.

Artículo 18. Límite de edificación.

1. A ambos lados de las líneas ferroviarias que formen parte de las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía se establece la línea límite de edificación, desde la cual hasta la línea ferroviaria queda prohibido cualquier tipo de obra de construcción, reconstrucción o ampliación, a excepción de las que resultaren imprescindibles para la conservación y mantenimiento de las edificaciones existentes en el momento de la entrada en vigor de esta Ley. Igualmente, queda prohibido el establecimiento de nuevas líneas eléctricas de alta tensión dentro de la superficie afectada por la línea límite de edificación.

2. La línea límite de edificación se sitúa a 50 metros de la arista exterior más próxima de la plataforma, medidos horizontalmente a partir de la mencionada arista, si bien, reglamentariamente, podrá determinarse una distancia inferior en función de las características de las líneas.

3. La Consejería competente en materia de transportes, previo informe de las Entidades Locales afectadas, podrá, por razo-

nes geográficas o socioeconómicas, fijar una línea límite de edificación diferente a la establecida con carácter general, aplicable a determinadas líneas ferroviarias que formen parte de las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía, en zonas o áreas delimitadas.

4. Con carácter general, en las líneas ferroviarias andaluzas que formen parte de Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía y que discurran por zonas urbanas, la Consejería competente en materia de transportes podrá establecer la línea límite de edificación a una distancia inferior a la fijada en el apartado 2 de este artículo, siempre que lo permita el planeamiento urbanístico correspondiente.

Artículo 19. *Potestad de expropiación de bienes existentes en la zona de protección hasta la línea límite de edificación.*

La Consejería competente en materia de transportes podrá acordar la expropiación de bienes en la zona de protección hasta la línea límite de edificación que pasarán a tener la consideración de dominio público, entendiéndose implícita la declaración de utilidad pública y la necesidad de su ocupación, siempre que se justifique su interés para la idónea prestación de los servicios ferroviarios y para la seguridad de la circulación.

Artículo 20. *Obras y actividades ilegales en zonas de dominio público o de protección de la infraestructura ferroviaria.*

1. La Consejería competente en materia de transportes o la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias dispondrán la paralización de las obras o instalaciones y la suspensión de usos prohibidos, no autorizados o que no se ajusten a las condiciones establecidas en las autorizaciones. Asimismo, podrán proceder al precinto de las obras o instalaciones afectadas.

2. La Consejería competente en materia de transportes o la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias comprobará la paralización de las obras y la suspensión de los usos referidos en el apartado 1 de este artículo, debiendo adoptar, en el plazo de dos meses desde que se produzca la paralización y previa audiencia de quienes puedan resultar directamente afectados, una de las resoluciones siguientes:

a) La demolición de las obras o instalaciones y la prohibición definitiva de los usos prohibidos, no autorizados o que no se ajusten a las autorizaciones otorgadas.

b) La iniciación del oportuno expediente para la eventual regularización de las obras o instalaciones o autorización de los usos permitidos.

3. La adopción de los oportunos acuerdos se hará sin perjuicio de las sanciones y de las responsabilidades de todo orden que resulten procedentes.

CAPÍTULO IV

Administración de las infraestructuras ferroviarias

Artículo 21. *Contenido y alcance.*

1. La administración de las infraestructuras ferroviarias integradas en Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía tiene por objeto el mantenimiento y la explotación de aquellas, así como la gestión de su sistema de control, de circulación y de seguridad.

2. La administración de las infraestructuras ferroviarias es un servicio de interés general y esencial para la comunidad, que se prestará en la forma prevista en esta Ley.

3. La administración de la infraestructura ferroviaria y, en general, la utilización de la misma, la declaración sobre la Red, la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria a favor de empresas ferroviarias y otros posibles candidatos, así como su solicitud, se regirán por las normas de desarrollo de la presente Ley, y por las disposiciones del derecho estatal y comunitario que resulten de aplicación.

4. Mediante ley del Parlamento de Andalucía se establecerá un canon por la utilización de las infraestructuras ferroviarias integradas en Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la utilización por cualquier otra Administración Pública, incluida la estatal, o cualquier organismo o entidad vinculada o dependiente de la misma, de infraestructuras ferroviarias integradas en Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía para la prestación de servicios de su competencia, se regirá por el correspondiente convenio de colaboración en el que se establecerán las condiciones de uso, las contraprestaciones que procedan y los costes que deberá asumir la Administración o entidad solicitante. En todo caso es necesario que este uso sea compatible con la prestación de los servicios de competencia autonómica y que se prevea en su normativa un régimen similar de disposición de capacidad de infraestructura a favor de la Administración de la Junta de Andalucía, o entidad dependiente de ella.

Igualmente, la entidad administradora de las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía pondrá a disposición de la Administración de la Junta de Andalucía, de las entidades vinculadas o dependientes de la misma, la capacidad de infraestructura que precisen, suscribiendo al efecto un convenio en el que se establecerán todas las condiciones, incluso económicas, de utilización. Para los prestadores de servicios de transportes de interés público, la puesta a disposición de la capacidad de infraestructura que preci-

sen se registrá por las previsiones contenidas en el correspondiente título habilitante.

Artículo 22. *Entidad Administradora de las infraestructuras ferroviarias.*

1. Corresponde al Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces la administración de las infraestructuras ferroviarias que les sean expresamente atribuidas por el Consejo de Gobierno, o se hubieran construido por el citado Ente conforme a lo previsto en el artículo 10, apartado 3.

El Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces podrá administrar la infraestructura ferroviaria directamente o a través de otras entidades o empresas.

2. El Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces podrá ejercer, en cualquier momento, respecto de los bienes de dominio público cuya gestión le haya sido atribuida por el Consejo de Gobierno, las facultades de administración, defensa, policía, investigación, deslinde y recuperación posesoria que otorga a la Administración de la Junta de Andalucía la legislación reguladora de su patrimonio. Además, corresponderá al Ente Público la protección y policía de las infraestructuras que administre, preservarlas de toda clase de daños o deterioro y vigilar el cumplimiento de las prohibiciones y limitaciones establecidas en esta Ley.

En todo caso corresponderá al Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces, respecto de los referidos bienes de dominio público que tenga adscritos, establecer el régimen de uso de los mismos y otorgar las autorizaciones, y demás títulos que permitan su eventual utilización por terceros.

3. Los bienes de dominio público adscritos al Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces conforme a este artículo que resulten innecesarios para el cumplimiento de sus fines podrán ser desafectados en los términos de los artículos 60 y siguientes de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Los bienes desafectados, como patrimoniales de la Comunidad Autónoma, podrán ser objeto de disposición en los términos del capítulo III de la citada Ley.

Artículo 23. *Normas especiales para sistemas ferroviarios urbanos y metropolitanos.*

1. Son de dominio público los terrenos ocupados por la infraestructura de sistemas ferroviarios de transporte urbano, subterráneos o en superficie, tranviario o metropolitano de titularidad autonómica, incluido en todos los casos los ocupados por la plataforma de vía, todos los elementos funcionales e instalaciones

afectadas a la explotación del sistema de transporte. Igualmente es de dominio público el subsuelo, así como la proyección vertical de los terrenos ocupados por la infraestructura en los términos que se determine reglamentariamente.

2. La Administración de la Junta de Andalucía podrá celebrar convenios de colaboración con las Corporaciones locales afectadas para el uso y conservación del dominio público municipal, incluyendo en su caso la relación con la circulación y el tráfico urbano. Los sistemas de transporte a que se refiere este apartado tendrán preferencia respecto de cualquier otro sistema de transporte individual o colectivo urbano, no considerándose los cruces al mismo nivel en estos casos pasos a nivel ferroviario a los efectos previstos normativamente.

3. La conservación y el mantenimiento de las infraestructuras de sistemas y modos ferroviarios urbanos, tranviarios o metropolitanos, corresponde a la Administración que fuera su titular.

CAPÍTULO V

Infraestructuras ferroviarias en centros intermodales de mercancías

Artículo 24. *Infraestructuras ferroviarias en centros intermodales de mercancías.*

El régimen de construcción, titularidad, explotación, gestión y administración, de inspección y control de la infraestructura ferroviaria integrada en el ámbito de centros intermodales de transporte de mercancías competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como la conexión física de estas infraestructuras con las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía, se establecerán mediante convenio entre la Consejería competente en materia de transportes y el órgano, entidad o autoridad que tenga atribuida la competencia sobre la gestión de aquellos.

CAPÍTULO VI

Infraestructuras ferroviarias de titularidad privada

Artículo 25. *Infraestructuras ferroviarias de titularidad privada.*

1. Para el establecimiento o la explotación de una infraestructura ferroviaria de titularidad privada que discorra íntegramente por el territorio andaluz, será necesario obtener, previamente, la correspondiente autorización administrativa que habilite para ello. Con anterioridad al otorgamiento de la autorización por la Consejería competente en materia de transportes, el solicitante deberá presentar un proyecto de establecimiento o de explotación de la

línea que incluirá, como mínimo, una memoria explicativa de los fines que se persiguen mediante el establecimiento o la explotación de la infraestructura, con sus planos generales y parciales, así como los presupuestos correspondientes, las actividades que vayan a prestarse sobre aquella, la descripción de las obras y las circunstancias técnicas de realización de las mismas, que habrán de ajustarse a las normas que, en materia de seguridad e interoperabilidad, se establezcan por la Consejería competente en materia de transportes. Igualmente se incluirá, cuando proceda, estudio de impacto ambiental o cualquier otra documentación preceptiva de acuerdo con las normas de prevención ambiental.

2. Sobre la referida infraestructura ferroviaria de titularidad privada, se podrá llevar a cabo transporte ferroviario, exclusivamente, por cuenta propia, como complemento de otras actividades principales realizadas por su titular.

3. Cuando el establecimiento de una línea ferroviaria de titularidad privada sea, con arreglo a la legislación expropiatoria, de utilidad pública o interés social, la Consejería competente en materia de transportes podrá habilitar a la persona o entidad titular para ocupar los terrenos de dominio público que resulten necesarios y, en su caso, para adquirir los de propiedad privada a través del procedimiento de expropiación forzosa en el que aquellas tendrán la condición de beneficiaria.

4. La conexión de las infraestructuras ferroviarias de titularidad privada, especialmente de los apartaderos, con las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía únicamente podrá realizarse cuando la entidad administradora de estas últimas expresamente lo autorice. El titular de la infraestructura ferroviaria de titularidad privada facilitará la conexión en los términos que se determinen en la autorización.

Reglamentariamente, se determinarán las condiciones en las que se efectuará la conexión de las infraestructuras ferroviarias de titularidad privada con las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía y el régimen de construcción y explotación de los elementos de titularidad privada que complementen las infraestructuras ferroviarias de titularidad autonómica.

TÍTULO V

PRESTACIÓN DE SERVICIOS FERROVIARIOS ADICIONALES, COMPLEMENTARIOS Y AUXILIARES

Artículo 26. *Definición.*

1. Son servicios ferroviarios adicionales, complementarios y auxiliares los definidos como tales en el anexo de esta Ley, que tienden a facilitar el funcionamiento del sistema ferroviario.

2. La prestación de los servicios ferroviarios adicionales, complementarios y auxiliares en las líneas de las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía y sus zonas de servicio podrá ser

realizada, bien directamente por la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias, bien por otras personas o entidades que, necesariamente, requerirán la obtención de un título habilitante otorgado por aquélla.

La entidad administradora de infraestructuras ferroviarias vendrá obligada a prestar los servicios adicionales a las empresas ferroviarias si no existen alternativas viables y en condiciones de mercado para su prestación. En todo caso, podrá prestar los servicios complementarios, estando obligado a prestarlos a las empresas ferroviarias que lo requieran. Sin embargo, dicha obligación no se extiende a los servicios auxiliares.

3. Reglamentariamente, se determinará el régimen jurídico y las condiciones de prestación de los servicios adicionales, complementarios y auxiliares y se desarrollará lo establecido en el presente título.

TÍTULO VI

SEGURIDAD FERROVIARIA

Artículo 27. *Concepto y alcance.*

La administración de las infraestructuras ferroviarias integradas en Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía y la prestación de servicios de transporte ferroviario están sujetas en todo caso al pleno cumplimiento de las normas de seguridad ferroviaria y a las disposiciones incluidas en los instrumentos de planificación en esta materia aprobados, así como a la obtención de las autorizaciones y certificaciones que se exijan por las disposiciones de desarrollo de la presente Ley, las disposiciones del Estado y las normas comunitarias que resulten de aplicación.

Artículo 28. *Personal ferroviario, material móvil y puesta en servicio.*

Corresponde a la Consejería competente en materia de transportes:

a) Determinar las condiciones necesarias para la obtención de los títulos y habilitaciones del personal ferroviario, para la prestación segura y eficiente del servicio de transporte. Si la formación necesaria no puede ser prestada por la empresa ferroviaria se podrá prever un régimen de autorización y funcionamiento de centros de formación con este fin.

b) Establecer las condiciones de homologación y registro de material rodante para la prestación de servicios en las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía, en su caso a través de centros de homologación de dicho material.

c) Autorizar la puesta en servicio de infraestructuras y sistemas ferroviarios.

TÍTULO VII
RÉGIMEN SANCIONADOR Y DE INSPECCIÓN

CAPÍTULO I
Régimen de inspección de las actividades ferroviarias y
defensa de las infraestructuras ferroviarias

Artículo 29. *Inspección de las actividades ferroviarias.*

1. Corresponderá a la Consejería competente en materia de transportes, en el ámbito de la competencia autonómica, la inspección de las empresas ferroviarias, la del transporte ferroviario y la de la forma de prestación de los servicios adicionales, auxiliares y complementarios.

2. Las empresas habilitadas para la prestación de los servicios de transporte ferroviario o para realizar las actividades a las que se refiere esta Ley vendrán obligadas a facilitar el acceso a sus instalaciones al personal de la inspección en el ejercicio de sus funciones. También deberán permitir a dicho personal llevar a cabo el control de los elementos afectos a la prestación de los referidos servicios.

3. La Consejería competente en materia de transportes podrá recabar de las personas físicas y jurídicas a que se refiere el apartado 1 del artículo 31 cuantas informaciones estimen necesarias sobre las materias objeto de esta Ley.

4. Lo previsto en este artículo debe entenderse sin perjuicio de las atribuciones que se hubiesen otorgado al Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces, de conformidad con sus normas de creación.

Artículo 30. *Defensa de las infraestructuras ferroviarias.*

1. Corresponde a la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias el ejercicio de la potestad de policía en relación con la circulación ferroviaria, el uso y la defensa de la infraestructura, con la finalidad de garantizar la seguridad en el tráfico, la conservación de las infraestructuras y las instalaciones de cualquier clase, necesarias para su explotación. Además, controlará el cumplimiento de las obligaciones que tiendan a evitar toda clase de daño, deterioro de las vías, riesgo o peligro para las personas, y el respeto de las limitaciones impuestas en relación con los terrenos inmediatos al ferrocarril a que se refiere el Capítulo III del Título IV de esta Ley.

2. Los funcionarios y funcionarias de la Consejería competente en materia de transportes y el personal expresamente facultado por la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias

para asegurar el cumplimiento de la normativa sobre seguridad tendrán, en sus actos de servicio o con motivo de los mismos, la consideración de agentes de la autoridad, a efectos de la exigencia, en su caso, de la responsabilidad correspondiente a quienes ofrezcan resistencia o cometan atentado o desacato contra ellos, de obra o de palabra.

3. La entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias, en el ejercicio de la potestad señalada en el apartado anterior, podrá requerir a las personas a las que se refiere el apartado 1 del artículo 31 cuantas informaciones considere necesarias en el ejercicio de su potestad de policía en relación con las materias reguladas en esta Ley y, en su caso, denunciará ante la Consejería competente en materia de transportes las conductas y actuaciones que contravengan las disposiciones establecidas en la misma y en sus normas de desarrollo. En los procedimientos sancionadores que se inicien como resultado de las denuncias formuladas por la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias, la Consejería competente en materia de transportes, con carácter previo a la resolución del expediente sancionador, someterá el mismo a informe de aquella entidad.

4. Las funcionarias o funcionarios de la Consejería competente en materia de transportes y el personal de la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias, en el ejercicio de las funciones a que se refiere este artículo, podrán solicitar, a través de la autoridad correspondiente, el apoyo necesario de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

5. Las actas que levanten los referidos funcionarios o funcionarias y personal documentarán los resultados de sus actuaciones y deberán consignar:

- a) El nombre y apellidos de la persona a la que se le extienda y el carácter o representación con que comparece.
- b) La descripción de los hechos a los que afecte.
- c) La conformidad o disconformidad del sujeto inspeccionado con los hechos que se le imputen.

Las actas y diligencias extendidas tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba, salvo que se acredite lo contrario, de los hechos que motiven su formalización.

Los hechos consignados en las diligencias o actas y manifestados o aceptados por los interesados se presumen ciertos y sólo podrán rectificarse por éstos mediante prueba de que incurrieron en error de hecho.

6. En el ejercicio de su función, el personal de la Consejería competente en materia de transportes o el de la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias está autorizado para:

- a) Realizar materialmente las actuaciones inspectoras precisas en cualquier lugar en que se desarrollen actividades afectadas por la legislación del transporte ferroviario. No obstante, cuando se requiera el acceso al domicilio de personas físicas y jurídicas, será necesaria la previa obtención del oportuno mandamiento judicial.

b) Llevar a cabo las pruebas, investigaciones o exámenes que resulten necesarios para cerciorarse de la observancia de las disposiciones legales vigentes en materia de transporte ferroviario.

7. Si los órganos responsables de la inspección, a la vista de las graves circunstancias existentes que comprometan la seguridad de los transportes, decidieren la paralización de servicios o actividades ferroviarias lo comunicarán, inmediatamente, al órgano competente a efectos de que se instruya el correspondiente procedimiento.

CAPÍTULO II Régimen sancionador

Artículo 31. *Alcance del régimen sancionador en materia ferroviaria.*

1. La responsabilidad administrativa derivada de las infracciones tipificadas en este título se exigirá a las personas físicas o jurídicas que realicen las actividades ferroviarias contempladas en esta Ley o resulten afectadas por su contenido y, en su caso, a las personas usuarias de los servicios de transporte ferroviario o a quienes con su conducta perturbaren su normal prestación o la integridad de los bienes afectos a ella.

2. La responsabilidad administrativa establecida en esta Ley se entenderá sin perjuicio de la civil, penal o de otro orden, en que puedan incurrir las personas físicas o jurídicas a las que se imputen los comportamientos infractores. La Consejería competente en materia de transportes y la entidad administradora de infraestructuras ferroviarias prestarán la colaboración que les sea requerida por la autoridad judicial o por el Ministerio Fiscal en orden al esclarecimiento de los hechos relacionados con el transporte ferroviario que puedan revestir carácter delictivo.

El régimen sancionador contenido en la presente Ley debe entenderse sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del régimen sancionador contenido en las normas reguladoras de los derechos y obligaciones de los consumidores y usuarios.

3. Cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos que constituyen infracción administrativa, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, o por otros cuya separación de los sancionables, con arreglo a esta Ley, sea imposible, el procedimiento administrativo quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial. Reanudado el procedimiento, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento judicial.

4. Si un mismo comportamiento infractor fuera susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más tipos infractores, se impondrá la sanción que corresponda al más grave de ellos.

Artículo 32. *Concepto y clasificación de las infracciones.*

1. Son infracciones administrativas a la presente Ley las acciones u omisiones tipificadas en la misma.

2. Las infracciones de las normas reguladoras del sector ferroviario andaluz se clasifican en muy graves, graves y leves.

Artículo 33. *Infracciones muy graves.*

Se consideran infracciones muy graves:

a) La realización de actividades o la prestación de servicios regulados en esta Ley sin contar con la necesaria licencia administrativa o con cualquier otro título habilitante que faculte para ello o sin estar expresamente amparado por los mismos.

b) El incumplimiento de las condiciones impuestas a los titulares de las licencias administrativas u otros títulos habilitantes, o el de las resoluciones dictadas por el organismo regulador, cuando se ponga en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del tráfico ferroviario.

c) La prestación de los servicios sin contar con el preceptivo documento acreditativo del cumplimiento de las normas de seguridad ferroviaria o en condiciones tales que pueda afectar a la seguridad de las personas o los bienes, con grave incumplimiento de las normas o prescripciones técnicas.

d) La prestación de servicios de transporte ferroviario sin haber obtenido la preceptiva adjudicación de capacidad de infraestructura cuando proceda.

e) La obtención de la licencia administrativa y el acceso a la capacidad de infraestructura mediante declaraciones falsas o por cualquier otro procedimiento irregular.

f) La realización de actividades que afecten a mercancías peligrosas o perecederas, objeto de transporte, en condiciones distintas a las fijadas reglamentariamente, cuando se ponga en peligro la seguridad de las personas, de los bienes, del tráfico ferroviario o se pueda afectar a la salud pública.

g) El incumplimiento, por las empresas ferroviarias y demás obligados, de las normas establecidas por la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias, de manera tal que produzcan perturbaciones en el tráfico ferroviario.

h) La negativa u obstrucción a la actuación de los servicios de inspección de los transportes ferroviarios, que impida el ejercicio por estos de las funciones que, legal o reglamentariamente, tengan atribuidas.

i) La cesión del derecho de uso de capacidad de infraestructura o la celebración de cualquier otro negocio jurídico sobre la capacidad de infraestructura adjudicada.

j) La realización de obras o actividades no permitidas en la zona de dominio público o en las zonas de protección de las infraes-

estructuras ferroviarias, sin contar con la preceptiva autorización, cuando afecten a la seguridad del tráfico ferroviario.

k) El deterioro o la destrucción de cualquier obra o instalación, la sustracción de cualquier elemento de la infraestructura ferroviaria que afecte a la vía férrea o esté directamente relacionado con la seguridad del tráfico ferroviario o la modificación intencionada de sus características.

l) El incumplimiento de las normas relativas a la existencia y vigencia de los contratos de seguro o la insuficiente cobertura para garantizar las responsabilidades derivadas de actividades que realice la empresa ferroviaria.

m) La comisión, en el plazo de un año, de una segunda infracción grave cuando la primera hubiese sido sancionada mediante resolución administrativa firme.

Artículo 34. Infracciones graves

Se consideran infracciones graves:

a) El incumplimiento de las condiciones impuestas a los titulares de las licencias o de otros títulos habilitantes o de las resoluciones dictadas por el organismo regulador, cuando no constituyan infracción muy grave.

b) La interrupción injustificada del servicio para cuya prestación esté habilitada la empresa ferroviaria.

c) La no utilización de capacidad adjudicada por la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias en caso de infraestructura congestionada, por causas imputables a la empresa ferroviaria.

d) El incumplimiento de las condiciones de calidad y regularidad en que deben prestarse los servicios o actividades permitidas por el título habilitante, el de los requisitos establecidos al adjudicarse la capacidad o el de las instrucciones operativas y de prestación del servicio emanadas de la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias, cuando dicho incumplimiento no constituya infracción muy grave.

e) La negativa a facilitar al órgano administrativo competente la información que reclame con arreglo a esta Ley.

f) La negativa u obstrucción a la actuación de los servicios de inspección cuando no se den las circunstancias que determinan la consideración de tal comportamiento como infracción muy grave.

g) La utilización de máquinas, material rodante y demás elementos de transporte sin cumplir las normas y los requisitos técnicos que por razones de seguridad deban reunir, cuando tal comportamiento no sea constitutivo de infracción muy grave.

h) El incumplimiento de cuantas obligaciones formales se impongan a quienes realicen las actividades reguladas en esta Ley en garantía de los derechos de los consumidores y usuarios.

i) La realización de actividades que afecten a mercancías peligrosas o perecederas, objeto de transporte, sin respetar la normativa específica reguladora de aquel y el incumplimiento de las normas reglamentarias que garanticen la sanidad de las personas o la incompatibilidad de productos transportables con la salvaguarda de la seguridad del transporte, salvo que deba ser considerada como infracción muy grave.

j) La carencia o inhabilidad de los instrumentos o medios de control de obligada instalación en las máquinas y demás material rodante.

k) La realización de obras o actividades no permitidas en las zonas de protección o de seguridad de las infraestructuras ferroviarias, sin contar con la preceptiva autorización cuando tales comportamientos no constituyan infracción muy grave.

l) El deterioro de cualquier elemento de la infraestructura ferroviaria directamente relacionada con la ordenación, la orientación y la seguridad de la circulación o la modificación intencionada de sus características o situación, cuando tales comportamientos no constituyan infracción muy grave.

m) La destrucción, el deterioro, la alteración o la modificación de cualquier obra o instalación de la vía férrea o de los elementos funcionales de la misma, cuando tales comportamientos no constituyan infracción muy grave.

n) El lanzamiento o depósito de objetos en cualquier punto de la vía y sus aledaños e instalaciones anejas o al paso de los trenes y, en general, cualquier acto que pueda representar un peligro grave para la seguridad del transporte, sus usuarias y usuarios, los medios o las instalaciones de todo tipo.

ñ) La comisión, en el plazo de un año, de una segunda infracción leve, cuando la primera hubiese sido sancionada mediante resolución administrativa firme.

o) Las conductas recogidas en el artículo anterior cuando las circunstancias que concurran en su comisión no perturben la seguridad de las personas, de los bienes o del tráfico ferroviario.

Artículo 35. Infracciones leves.

1. Constituyen infracciones leves cualesquiera violaciones de las normas contenidas en esta Ley que, no estando tipificadas como infracciones muy graves o graves, afecten al régimen de obligaciones de las entidades que realicen actividades ferroviarias o de las personas usuarias, en la forma que se determine reglamentariamente.

2. En todo caso, se consideran constitutivas de infracción leve las siguientes conductas de los usuarios o usuarias del transporte ferroviario:

a) Acceder al tren o abandonar este fuera de las paradas establecidas o estando este en movimiento.

b) Obstaculizar o forzar los mecanismos de apertura o cierre de las puertas de los coches del tren o de las que sean de uso exclusivo del personal de la empresa ferroviaria.

c) Usar, sin causa justificada, cualquiera de los mecanismos de parada de los trenes, de seguridad o de socorro.

d) Entrar en las cabinas de conducción de los trenes, locomotoras u otros lugares en los que se encuentre el material de tracción, o acceder a instalaciones reservadas para el uso exclusivo de las personas autorizadas.

e) Viajar en lugares distintos de los habilitados para las personas usuarias.

f) Realizar acciones que impliquen peligro para la integridad física de los demás usuarias o usuarias o que supongan el deterioro del material de los vehículos o de las estaciones.

g) Las conductas recogidas en los párrafos a) a b), j), k), l) y ñ) del artículo anterior, cuando las circunstancias que concurran en su comisión no perturben la seguridad de las personas, de los bienes o del tráfico ferroviario.

Artículo 36. Sanciones

1. Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas:

a) Las muy graves con multa de 30.001 hasta 300.000 euros.

b) Las graves con multa de 6.001 hasta 30.000 euros.

c) Las leves con multa de hasta 6.000 euros.

2. Cuando, como consecuencia de la infracción, se obtenga un beneficio cuantificable, la multa se incrementará hasta el triple del beneficio obtenido.

Artículo 37. Graduación de las sanciones.

La cuantía de las sanciones que se impongan se graduará de acuerdo con los siguientes factores:

a) La repercusión social de la infracción y el peligro para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.

b) La importancia del daño o deterioro causado, en su caso.

c) La intencionalidad en la comisión de la infracción.

d) El grado de participación de la persona sancionada y el beneficio por ella obtenido.

e) La comisión, en el período de los doce meses anteriores al hecho infractor, de otra infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa, salvo que esta circunstancia se hubiera considerado al calificar la infracción.

f) La circunstancia de haber procedido el infractor, por propia iniciativa, a reparar el daño causado o disminuir sus efectos, en cualquier momento anterior a que se inicie el procedimiento sancionador.

Artículo 38. Multas coercitivas.

Con independencia de las sanciones que correspondan, la autoridad competente, en su caso del Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces, podrá imponer multas coercitivas cuando prosiga la conducta infractora y no se atienda el requerimiento de cese de la misma, reiterándolo cada lapso de tiempo que sea suficiente para cumplir lo ordenado. Las multas coercitivas no excederán, cada una de ellas, del diez por ciento de la sanción fijada para la infracción cometida.

Artículo 39. Competencia para la imposición de sanciones.

Corresponderá la imposición de las sanciones por infracciones leves y graves a la persona titular de la dirección general competente en materia de transportes y por infracciones muy graves a la persona titular de la Consejería competente en materia de transportes. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las atribuciones que se hubiesen otorgado en el Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces de conformidad con sus normas de creación.

Artículo 40. Procedimiento sancionador.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en su normativa de desarrollo, el procedimiento sancionador se iniciará siempre de oficio por el centro directivo competente en materia de transportes bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

La denuncia deberá expresar la identidad de la persona o personas que las presenten, el relato de los hechos que pudieran constituir infracción y la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de las personas presuntamente infractoras.

2. Con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a fijar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la persona o personas que pudie-

ran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros.

3. Una vez acordada la iniciación del procedimiento sancionador se notificará a la persona o personas presuntamente infractoras, que dispondrán de un plazo de quince días, desde la fecha de la notificación, para aportar cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimen convenientes y, en su caso, proponer prueba concretando los medios de que pretendan valerse. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo para ello, se podrá acordar la apertura de un período de prueba por un plazo de quince días.

4. La propuesta de resolución se notificará a las personas interesadas, concediéndoseles un plazo de quince días, desde la notificación, para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes ante la Dirección General de Transportes quien, a la vista de ellos, resolverá o, en su caso, remitirá lo actuado al órgano competente para la imposición de la sanción que corresponda, junto con todos los documentos, alegaciones e informaciones que obren en autos.

5. Antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento que, en todo caso, deberán tener lugar en un plazo no superior a quince días. El plazo para resolver el procedimiento quedará suspendido hasta la terminación de las mismas.

6. En el plazo de diez días desde la recepción de la propuesta de resolución y los documentos, alegaciones e informaciones obrantes en el procedimiento, el órgano competente para resolver dictará resolución motivada, que deberá ser notificada a los interesados.

Si transcurrido un año desde la iniciación del procedimiento sancionador no se hubiere notificado a los interesados la resolución que le ponga fin, se producirá su caducidad. En tal caso, el órgano competente para resolver emitirá, a solicitud del interesado, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y que se ha procedido al archivo de las actuaciones.

Las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa serán inmediatamente ejecutivas.

Artículo 41. Medidas provisionales.

1. Antes de la iniciación del procedimiento sancionador, el órgano competente podrá, de oficio o a instancia de parte, adoptar las medidas que correspondan, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados. Estas deberán ser confirmadas, modificadas o dejadas sin efecto mediante el

acuerdo de iniciación del referido procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los 15 días siguientes a su adopción y que podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, las medidas provisionales quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en el plazo señalado o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

2. Asimismo, iniciado el procedimiento sancionador, el órgano competente para imponer la sanción correspondiente podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer y el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y garantizar las exigencias de los intereses generales.

No obstante, cuando así venga exigido por razones de urgencia inaplazable, la competencia para la adopción de las medidas provisionales que resulten necesarias corresponderá a la dirección general competente en materia de transportes, o al Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces, en los términos de la correspondiente atribución.

3. Las medidas de carácter provisional, que deberán ser proporcionales en cuanto a su intensidad y condiciones a los objetivos que se pretenden garantizar, podrán consistir en la suspensión temporal de actividades y la prestación de fianzas, en la clausura temporal de las infraestructuras afectadas, en la retirada de material rodante o en la suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad.

En ningún caso, se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a las personas interesadas o que impliquen violación de derechos amparados por esta Ley.

4. Las medidas provisionales podrán ser dejadas sin efecto o modificadas durante la tramitación del procedimiento sancionador, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador.

Artículo 42. Prescripción.

1. Las infracciones reguladas en esta Ley prescribirán, las muy graves, a los tres años; las graves, a los dos años, y las leves, al año.

El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a computarse desde el día en que se hubieran cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento de la persona interesada, del procedimiento sancionador. El plazo de prescripción volverá a correr si el expediente sancionador estuviera paralizado

durante más de un mes, por causa no imputable a la persona presuntamente responsable.

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

El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a computarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento de la persona interesada, del procedimiento de ejecución, volviendo a correr el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable a la persona infractora.

Disposición adicional primera. *Organismo regulador.*

Las funciones de organismo regulador establecidas en el artículo 30 de la Directiva 2001/14/CE, relativa a la adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización, modificada por la Directiva 2004/49/CE, en el ámbito de las competencias de la Junta de Andalucía, en particular respecto de las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía, serán desempeñadas por la Consejería competente en materia de transportes a través del concreto órgano y en los términos que se establezcan reglamentariamente.

En las normas de desarrollo de la presente Ley y en las normas de organización de la Administración andaluza que pudieran adoptarse se garantizará la independencia en el ejercicio de las funciones reguladoras, en los términos previstos en las normas comunitarias de aplicación.

Disposición adicional segunda. *Infraestructuras existentes.*

1. Están sujetas a la presente Ley como Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía, titularidad de la Comunidad Autónoma, las infraestructuras ferroviarias ejecutadas hasta la entrada en vigor de esta Ley con cargo al presupuesto de la Administración de la Junta de Andalucía. Lo anterior deberá entenderse sin perjuicio de los convenios que se podrán celebrar para traspasar a otra Administración Pública su titularidad de acuerdo con los intereses públicos concurrentes. En dichos convenios se preverán las correspondientes compensaciones económicas o de otro orden que correspondan a la Administración autonómica.

Mediante Orden de la Consejería competente en materia de transportes se publicará en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* la relación de infraestructuras afectadas por la presente disposición.

2. Igualmente están sujetas a la presente Ley como Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía, titularidad de la Comunidad Autónoma, las infraestructuras ferroviarias correspondientes a estudios informativos aprobados por la Administración Junta de Andalucía, salvo que se hubiera ejecutado por otra Administración acordándose así entre ambas conforme a los intereses públicos concurrentes, o así se determine por la Consejería competente en materia de transportes.

Disposición adicional tercera. *Corredor Ferroviario de la Costa del Sol.*

1. La Administración de la Junta de Andalucía podrá celebrar convenios de colaboración con otras Administraciones Públicas, o sus entidades dependientes, para la construcción, financiación, explotación y administración del Corredor Ferroviario de la Costa del Sol.

A estos efectos, se entiende por Corredor Ferroviario de la Costa del Sol la conexión ferroviaria de municipios litorales de dicho ámbito territorial, en los términos en que se prevean en los documentos técnicos de su establecimiento, para la prestación del servicio metropolitano.

2. La prestación de los servicios de transporte ferroviario metropolitano en el Corredor Ferroviario de la Costa del Sol se regirá por las normas específicas que establezca el Consejo de Gobierno, aplicándose la presente Ley con carácter supletorio.

Disposición transitoria única. *Mejora de los servicios existentes.*

1. Hasta que se materialice el traspaso de los recursos necesarios para el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma respecto de los actuales servicios de transporte mediante ferrocarril que discurren íntegramente por el territorio andaluz sobre infraestructura de titularidad estatal, la Administración de la Junta de Andalucía podrá celebrar convenios de colaboración con la Administración General del Estado, o sus entidades públicas, para la mejora de los servicios existentes.

Las aportaciones de la Administración de la Junta de Andalucía para la mejora de los servicios existentes podrán consistir en la ejecución de actuaciones sobre infraestructura de titularidad estatal o en la cesión de material móvil.

2. Los servicios de transporte mediante ferrocarril que se desarrollen en ámbitos metropolitanos y de cercanías estarán sujetos a los planes de movilidad que pudieran aprobarse de acuerdo con las previsiones de la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

Disposición final primera. Legislación supletoria.

En todo lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en la legislación vigente reguladora de los ferrocarriles, los transportes interurbanos por ferrocarril y de transportes.

Disposición final segunda. Habilitación normativa.

Se autoriza al Consejo de Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo de esta Ley.

ANEXO ÚNICO

Definiciones

Adjudicación: otorgamiento, por la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias, del derecho a servirse de capacidad de infraestructura ferroviaria.

Apartadero: infraestructura ferroviaria de titularidad pública o privada, consistente en una instalación de vías para la carga, descarga y estacionamiento de vagones con enlace a una línea mediante una o más agujas de plena vía, que sirve para complementar la Infraestructura Ferroviaria de Andalucía.

Candidato: la empresa ferroviaria con licencia o una agrupación internacional de empresas ferroviarias y demás personas jurídicas a quienes las disposiciones del Derecho Comunitario permiten ser adjudicatarios de capacidad de infraestructura en orden a la prestación de servicios ferroviarios.

Capacidad de infraestructura ferroviaria: la capacidad para programar las franjas ferroviarias solicitadas para un segmento de la infraestructura durante un periodo determinado.

Declaración sobre la red: la declaración que detalla las normas generales, plazos, procedimientos y criterios relativos a los sistemas de cánones y adjudicación de capacidad.

Empresa ferroviaria: aquella entidad cuya actividad principal consista en prestar servicios de transporte de mercancías o viajeros por ferrocarril, debiendo ser dicha empresa, en todo caso, la que aporte la tracción. Se incluyen, asimismo, en el concepto, las empresas que aportan, exclusivamente, la tracción.

Explanación: la franja de terreno en la que se ha modificado la topografía natural del suelo y sobre la que se construye la línea

férrea, se disponen sus elementos funcionales y se ubican sus instalaciones.

Infraestructura congestionada: ramo de infraestructura para el cual no puede atenderse plenamente la demanda de capacidad de infraestructura durante determinados periodos, ni siquiera tras coordinación de las distintas solicitudes de capacidad.

Licencia: una autorización concedida por un Estado a una empresa a la que se reconoce su condición de empresa ferroviaria, condición que puede estar limitada a la prestación de determinados tipos de servicios de transporte.

Línea: parte de la infraestructura ferroviaria que une dos puntos determinados y que está integrada por los siguientes elementos: plataformas de la vía, superestructuras, como carriles y contrarraíles, traviesas y material de sujeción, obras civiles, como puentes, pasos superiores y túneles, e instalaciones de seguridad, de señalización y de telecomunicación de la vía y elementos que permiten el alumbrado. No se consideran incluidos en el concepto de línea las estaciones y terminales u otros edificios o instalaciones de atención a las viajeras y viajeros.

Servicios adicionales: son servicios adicionales los de acceso desde la vía a las instalaciones de mantenimiento, reparación y suministro existentes en las Infraestructuras Ferroviarias de Andalucía concretamente a:

- a) Las de aprovisionamiento de combustible.
- b) Las de electrificación para la tracción, cuando esté disponible.
- c) Las de formación de trenes.
- d) Las de mantenimiento y otras instalaciones técnicas.
- e) Las terminales de carga.

Servicios complementarios: son servicios complementarios aquellos que la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias pueda ofrecer a las empresas ferroviarias. Tales servicios pueden comprender:

- a) La corriente de tracción.
- b) El precalentamiento de trenes de viajeros.
- c) El suministro de combustible, servicio de maniobras y cualquier otro suministrado en las instalaciones de los servicios de acceso.
- d) Los específicos para control del transporte de mercancías peligrosas y para la asistencia a la circulación de convoyes especiales.

Servicios auxiliares: son servicios auxiliares los que las empresas ferroviarias pueden solicitar a la entidad administradora de las infraestructuras ferroviarias u otros prestadores.

- Entre estos servicios se incluyen:
- a) El acceso a la red de telecomunicación.
 - b) El suministro de información complementaria.
 - c) La inspección técnica del material rodante.

La figura del “Project management” en los contratos de obra y consultoría. Su aplicación a los contratos administrativos.

Francisco José Fernández Romero
Abogado.

Director de Asesoría Jurídica de Desarrollo Urbanístico de Sevilla (DUSE).

Sumario. 1.- Introducción. 2.- El Reconocimiento de la figura del Project Mangement en el Derecho Privado. 2.1. El Project como agente de la edificación. 2.2. El Project como una nueva figura de promotor. La consideración objetiva de sus prestaciones. 2.2.1. La responsabilidad del Project como agente de la edificación. 2.3. Las señas de identidad de la técnica contractual del Project. 2.3.1. El Project como contrato a riesgo y ventura. 2.3.2. El Project como contrato a precio cerrado. 2.3.2. El Project y la Lex artis aplicable: El contrato de Project basado en obligaciones de resultado. 3. La aplicación de la figura del Project Management en los contratos de las Administraciones Públicas. 3.1. La amplitud de prestaciones en el caso del Project sí pueden tener cabida en el contrato administrativo. 3.2. La determinación del precio. La posibilidad de incluir cláusulas de incentivo o minuyendo según la calidad de la prestación. 4. Conclusiones. El estado de la cuestión.

1. INTRODUCCIÓN.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar una figura de enorme actualidad, pero sin embargo muy desconocida en su esencia y de poco tratamiento doctrinal¹ (ni legislativo). Mucho se habla en los sectores de la ingeniería y construcción de la figura del Project como técnica avanzada de conseguir unos determinados parámetros de plazo, precio y calidad en las obras y proyectos. En unos casos, dichas técnicas que aparecen como novedosas no son sino variantes del tradicional contrato de obra o de prestación de servicios regulados en el Código Civil. En otros casos, constituyen contratos atípicos con obligaciones de resultado.

Por lo expuesto, considero conveniente, si queremos determinar con precisión nuestro estudio, antes de pronunciarnos sobre la cuestión de si es posible aplicar la figura del Project a los contratos de la Administración Pública, argumentar con antelación sobre la configuración y caracteres de la figura, teniendo en cuenta que el origen de la figura está en el derecho privado de contratos.

2. EL RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA DEL PROJECT MANAGEMENT (EN ADELANTE EL PROJECT O GESTOR DE PROYECTOS) EN EL DERECHO PRIVADO.

2.1. El Project como agente de la edificación.

El legislador español no reconoce explícitamente la figura del gestor de proyectos o del Project management como agente de la construcción.

1. En éste sentido, me remito al estudio que realizo en el libro denominado “Responsabilidad del promotor frente al subcontratista en el contrato de obra: especial análisis de la acción directa de los que ponen su trabajo y materiales contra el dueño de la obra ex Artículo 1597 del Código Civil”. Editorial Hispalex. Sevilla, año 2006. ISBN 84-611-1298-9.

El proceso constructivo y la responsabilidad de los agentes que participan en él, están regulados en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, la “LOE”) y en el artículo 1.591 del Código Civil.

El artículo 8 del Capítulo III de la LOE define como agentes de la edificación (los “Agentes de la Edificación”) a “*todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación*”. En los artículos 9 a 16 de la LOE se identifica individualmente a cada uno: (1) promotor, (2) proyectista, (3) constructor, (4) director de obra, (5) director de la ejecución de obra, (6) entidades y laboratorios de control, y (7) suministradores de productos; y define sus funciones y obligaciones.

El llamado gestor de proyecto, o en terminología anglosajona “*project management*” es un nuevo sujeto entre los agentes de la edificación².

Al impulso de la creciente complejidad técnica y económica de la operación de edificación, y por influencia de prácticas y procedimientos experimentados en otros países, fundamentalmente del mundo anglosajón, se va afirmando³ *sobre todo cuando se trata de operaciones de cierta envergadura, la intervención en el proceso edificatorio de un nuevo agente que, en interés del promotor y contratado por éste, ofrece su pericia o especialidad en la aplicación de las modernas técnicas a fin de optimizar los objetivos de coste, plazo y calidad: se trata del «project manager» o gestor de proyecto.*

2.2. El Project como una nueva figura de promotor. La consideración objetiva de sus prestaciones.

La trascendencia que desde nuestro punto de vista y al objeto de nuestro análisis tiene esta figura necesita de una serie de consideraciones previas. Nos encontramos ante una figura difusa o imprecisamente perfilada, cuya prestación se reconduce, en esencia, a actividades de coordinación, supervisión y control, y también de gestión. Actividades todas ellas, que podrían entrar dentro del concepto de “promoción” establecido en la Ley de Ordenación de la Edificación.

Así el gestor de proyectos coordina y supervisa la obra, puede contratar directamente al contratista, al proyectista, o al Arquitecto de la obra, y además supervisar su cometido, se relaciona normalmente con la Administración, pudiendo incluso aparecer bajo la cualidad de “dueño de la obra”.

Es importante tener en cuenta que el gestor de proyecto presta sus servicios mediante contrato con la propiedad del suelo o de la edificación, con las consiguientes obligaciones y responsabilidades. Y además, el gestor de proyecto interviene, también, en el proceso edificatorio⁴.

2. CADARSO PALAU, J. *Gestores de Proyecto, Arquitectos y Ley de Ordenación de la Edificación en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Tomo II. Thomson Civitas, 2003.

3. CADARSO PALAU, J. *op. cit.*, pág. 1525.

4. Ello puede incluso desencadenar responsabilidades legales que, como advierte en términos generales el artículo 17 de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, resultan exigibles “*sin perjuicio de las responsabilidades contractuales*”. Dejamos apuntado este tema, si bien excede de nuestro estudio.

5. CADARSO PALAU, J. *op. cit.*, págs. 1529-1530.

Según establece la doctrina⁵, *“esa figura del gestor –su misión, para decirlo con más rigor– se encuentra difusa o imprecisamente perfilada”*.

En primer término, por la falta de una contemplación legal expresa en la disciplina específica del proceso de edificación: el gestor de proyecto está ausente de la relación específica de agentes de la edificación (otra cuestión es la contemplación legal genérica) que se contiene en la LOE.

En el plano contractual, las menciones que se hacen a la actuación del gestor en los instrumentos contractuales difundidos en la práctica oscilan entre el desordenado casuismo y las imprecisas generalidades. Aparece, así, caracterizado como:

- a) «Representante» de la propiedad «a todos los efectos técnicos y económicos».*
- b) «Asesor» de la propiedad en el diseño del proyecto y en las «actuaciones» que a aquella convengan en la «defensa» de sus intereses «frente a» los contratistas, profesionales y demás agentes de la edificación.*
- c) Encargado de la «supervisión» de la normativa de calidad y de los criterios adoptados en este ámbito por la propiedad.*
- d) Responsable de «gestionar» todas las «actividades» de consultores y contratistas en el «proceso de desarrollo» de un proyecto de construcción.*
- e) Se ocupa «materialmente» de «todos los factores relacionados con el proyecto», y de «iniciar todas las actividades necesarias», haciendo el «seguimiento y control» para «asegurar» el cumplimiento de los objetivos incluyendo el presupuesto, plazo y calidad.*
- f) Se le menciona como tercero actual o potencialmente «autorizado» o «designado» por la propiedad para recibir del arquitecto información, documentación, aclaraciones, o para formular «aceptaciones, inspecciones, objeciones» o «recomendaciones», o para realizar los trabajos de «control de costes y de calidad en la obra».*
- g) Se le encomienda, incluso, la decisión «vinculante» en caso de discrepancias a propósito de la emisión de actas o certificaciones, aunque unas veces esa vinculación se supedita al «acatamiento» por el arquitecto, bajo sanción de resolución en caso de negativa; otras veces, ni siquiera eso: el juicio del gestor, literalmente, «será inapelable».*

En suma, y por vía de síntesis, he aquí las actividades del gestor: asesoramiento, gestión, supervisión, control, coordinación, representación, decisión.

Comprobamos, así, que desde el punto de vista de las prestaciones que se le atribuyen, el gestor de proyectos puede actuar como agente de la edificación, al modo en que lo hace el promotor. Desde este punto de vista al gestor de proyecto le alcanzaría el ámbito de aplicación de los artículos 1591 y 1597 C.C.

En este sentido ha destacado la doctrina⁶ que *“En la evolución legislativa de nuestro Derecho de la construcción, la LOE se caracteriza por articular el régimen de obligaciones y responsabilidades partiendo preferentemente de la consideración objetiva de las «prestaciones», antes que la subjetiva o estatutaria de los*

6. CADARSO PALAU J. *op. cit.*, págs. 1530 y 1531.

«prestadores». En otras palabras, lo relevante en materia de atribución y distribución de responsabilidades es la función objetivamente desempeñada por los diferentes sujetos («agentes») intervinientes, más que el estatuto profesional y las respectivas competencias que por razón de dicho estatuto incumben o son atribuibles a cada uno de aquéllos.

Ciertamente que hay, en los primeros artículos de dicha Ley, un principio o esbozo de distribución de competencias entre los diferentes profesionales titulados: mero principio o esbozo porque, salvo alguna previsión muy concreta, las plurales referencias a los profesionales o técnicos eventualmente intervinientes van acompañadas de una simple remisión a la regulación, externa a la propia LOE, que disciplina las respectivas titulaciones, especialidades y competencias específicas (arts. 10 y 12, singularmente).

Así, a la hora de establecer las responsabilidades por defectos y daños derivados de la edificación, el artículo 17 de la Ley citada no admite equívoco en cuanto al carácter objetivo de la intervención en el proceso edificatorio que es determinante de tales responsabilidades. La responsabilidad civil que se establece en el artículo 17 lo es, según reza su rúbrica, de los agentes «que intervienen en el proceso de la edificación». Ciertamente que en diferentes apartados de dicho artículo se contienen singulares referencias a diversos agentes, como proyectistas, directores de obra, directores de ejecución de la obra (referencias singulares que, adviértase bien, lo son a cometidos o prestaciones, no a titulaciones profesionales). Pero lo decisivo es que, responsables a tenor de lo allí dispuesto, lo serán todos los agentes realmente intervinientes, aun cuando su actuación no encaje o coincida con alguna de las específicamente previstas en el propio artículo 17, o relacionadas en los artículos 9 y siguientes de la LOE: que no hay en éstos una relación cerrada y taxativa lo demuestra el tenor del artículo 8, que los precede, cuyo enunciado es inequívocamente genérico: «Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. Sus responsabilidades vendrán determinadas por lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención».

A la vista de los cometidos que, según se vió más arriba, en la práctica se encomiendan al llamado gestor de proyecto o Project, no cabe duda de su condición de agente de la edificación.

En primer término, es manifiesto que el Project asume, de manera destacada, funciones de supervisión, de control, de coordinación, que, genuinamente, se reconducen a la misión de dirección de obra.

Existe, por otro lado, en esta actividad algo más que específicas funciones de coordinación o control: hay una misión de organización general y de «orquestración». Pues bien: aquí tenemos una actividad de promoción en una de sus posibles facetas, quizá en su faceta más genuina⁷.

7. Cadarso Palau J, *op. cit.*, pág. 1532 dice que “El papel que en la operación de construcción cumple el que podríamos llamar promotor puro se define esencialmente por una función de organización e intermediación. Aparece este profesional cuando, por sus dimensiones, la construcción inmobiliaria deviene una operación especialmente compleja que requiere una precisa organización jurídica, técnica y financiera. El experto que a esta organización conviene es, justamente, el promotor. Que no se confunde, desde luego, con el “dominus” por cuya cuenta y en nombre del cual actúa, ni tampoco se equipara a los constructores con quienes contrata. La autonomía de su función se circunscribe a una tarea organizativa que, desde el punto de vista jurídico, puede concretarse tanto en la elección y adquisición del terreno (...); técnicamente, el promotor se encarga de elegir y contratar a los arquitectos y contratistas (respecto de los que tampoco es, pues no actúa por su cuenta ni en su nombre, dueño de la obra), al tiempo que solicita los oportunos permisos y licencias; en el orden financiero, se ocupa de la obtención de los créditos, primas y beneficios que a la fórmula elegida mejor convengan (...). Despliega, pues, una misión de conjunto que, si por una parte encuentra su albergue jurídico en el contrato de mandato, tampoco esconde la presencia de una obligación de resultado por cuya consecución percibe sus honorarios”.

2.2.1. La responsabilidad del Project como agente de la edificación.

Los tribunales habían ya reparado, en efecto, en sede de responsabilidad por vicios en la construcción que las funciones de intermediación, dirección y coordinación que, con vestidura de promotor u otras análogas, asumen ciertos operadores en el proceso constructivo, justifican la imposición de responsabilidad por vicios y defectos, ya por el hecho propio, ya por el hecho de los otros agentes, en razón, en este último caso, a la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del operador que les ha contratado, coordinado o controlado.

Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 26 de enero de 2000 (AC 2000\59) reitera la doctrina de las de 12 de marzo de 1999 y 25 de mayo de 1999, según las cuales

«el promotor asume la responsabilidad de los trabajos ajenos ejecutados por las personas por aquél contratadas, ya que coordina los diferentes gremios intervinientes (...)». La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1990 ya afirmó la equiparación al contratista (a efectos de responsabilidad por vicios y defectos) de la sociedad que asumió la «dirección técnico-económica» de las obras (un «project manager», afirma el propio Tribunal Supremo), en base a su función intermediadora entre dueño y constructor, y en base a su culpa in eligendo o in vigilando.

La culpa *in eligendo* aparece también como título de imputación de responsabilidad en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1985, 29 de junio de 1987, 30 de diciembre de 1998, 3 de octubre de 1996 y 20 de noviembre de 1998⁸.

Pues bien, todo ese *corpus* de doctrina jurisprudencial elaborado con anterioridad a propósito de esos operadores que profesional o empresarialmente asumen funciones organizativas, de gestión, coordinación y control del proceso edificatorio, ha recibido consagración legislativa en la vigente Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación. Es decisiva, a este respecto, la disposición contenida en su artículo 17.4, en los términos siguientes:

«4. Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativa que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley [adviértase que, según el apartado 3, esa responsabilidad será exigible en todo caso, y solidariamente con los demás agentes eventualmente también responsables] se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas».

Una primera conclusión, por tanto, es que esa referencia final expresa a otras figuras «análogas» puede habilitar la subsunción del Project o gestor de proyecto, en condición de legitimado pasivo, en el régimen de responsabilidad de la citada Ley, como agente de la edificación.

A continuación nos ocuparemos del contenido específico de esta figura como agente de la edificación, de sus señas de identidad.

2.3. Las señas de identidad de la técnica contractual del Project.

2.3.1. El Project como contrato a riesgo y ventura.

8. Mencionadas por CADARSO PALAUJ. *op. cit.*, pág. 1533.

Los elementos definitorios del Project no se contemplan en referencias jurisprudenciales, salvo alguna especificidad sobre el régimen de la acción directa del artículo 1597 C. C.

Hemos dicho al principio que la figura se origina en virtud de un contrato, y que como consecuencia de las prestaciones objetivas que contiene, constituye un agente de la edificación.

Para ahondar aún más, es particularmente interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 18 de octubre de 1999, (EDJ 1999/49633).

El dueño del suelo y beneficiario final de la obra formalizó contrato con un “gestor de proyectos” que contenía varias prestaciones.

En el mismo contrato se alude a que la edificación se va a llevar a efecto conforme al proyecto que redactará el propio gestor, que será también el contratista, comprometiéndose a la debida realización del conjunto de operaciones y trabajos necesarios y convenientes hasta la total terminación de obra en cuestión y la entrega de llave de las mismas habiendo formulado a tales fines el correspondiente presupuesto, aprobado por el dueño del solar.

En el contenido de dichos contratos entre los acuerdos o estipulaciones convenidas, destacan que el gestor ha de prestar los siguientes servicios:

- 1º. Ejecución del proyecto base y ejecución material.
- 2º. Contratación de dirección de obra de arquitecto.
- 3º. Contratación de dirección de obra de aparejador.
- 4º. Gestión y pago de licencia de obra.
- 5º. Contratación de la ejecución de cada específica obra de construcción, objeto singular de cada contrato, descritas en el expositivo previo.
- 6º. Tramitación y obtención de cédulas de habitabilidad de las viviendas.

También destaca el compromiso de ejecutar las obras con estricto sometimiento a las prescripciones del Proyecto arquitectónico que ambas partes conocen; que serán de exclusiva cuenta del gestor poner en disposición cuantos medios y elementos auxiliares sean necesarios para la debida marcha y ejecución de los trabajos, así como el cumplimiento de todas las obligaciones que con carácter general corresponden por razón de la propia naturaleza del contrato; y especialmente el contrato se conviene a riesgo y ventura del gestor por los precios presupuestados que no serán nunca objeto de revisión.

Afirma la Sentencia lo siguiente:

“(…) La modalidad de llave en mano, es contemplada desde antiguo en nuestra jurisprudencia y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1933, ya contempla alguna de sus consecuencias; contempladas así mismo por la doctrina certifica que el constructor, aportante siempre de los materiales, finaliza en el tiempo convenido y al dictado escrupuloso de un plano (entrega provista de licencia de apertura) y cuyo precio percibe normalmente contra la traditio, salvo pacto específico al respecto; de forma que esta modalidad aún guarda mayor similitud con la compraventa, en cuanto operaciones cerradas por razón de su respectivo objeto, diferenciándose que en el momento de la perfección contractual el objeto está por realizarse y por tanto abierta a un posible” ius variandi”.

Y respecto que el contratista sea a su vez el arquitecto redactor del proyecto, determinará que no pueda reclamar al "dominus", aquellos incrementos de obra o de gastos diversos, que sean consecuencia de su imprevisión a falta de actualización en sus conocimientos y que de habitual, conforme al tenor ordinario de la actuación en la profesión de arquitecto deban ser incorporados en el proyecto (...).

Esta última previsión permite a la Sentencia incluir un nuevo elemento definitorio de la figura: nos encontramos ante un contrato a tanto alzado.

2.3.2. El Project como contrato a precio cerrado.

Dice la sentencia que comentamos lo siguiente:

"(...) Entiende la doctrina por contrato a tanto alzado, dentro de los contratos de obra, aquel que comprende la totalidad o parte de un proyecto y cuyo precio, que es único o alzado, el comitente lo satisfará en atención a la obra pactada en su totalidad, como un conjunto global del resultado a obtener; siendo sus notas:

a) La invariabilidad y el carácter unitario del precio; circunstancia que lo asimila a los negocios de tracto único; lo que conlleva un riesgo económico que el contratista soporta y que le puede generar tanto pérdidas como ganancias; sin que las partidas que obran en el presupuesto necesariamente desglosadas para explicación y concreción de la obra pactada o justificación del precio unitario alcanzado, determinen alteración de la consideración de este precio global; de modo que salvo el pacto de su posible revisión, la vis atractiva propende contra su modificación.

b) Disociación entre precio y coste, sin exigencia de equilibrio matemático entre ambos conceptos, uno de índole jurídico y otro de naturaleza económica

c) dentro de la distribución del onus probandi, la prueba de pacto de precio alzado, cerrado o invariable incumbe a quien recibe la obra, el comitente y la existencia de novación modificativa por adiciones, incremento de volumen o calidades en la ejecución de la obra, al contratista

d) la delimitación del objeto de la obra, en esta modalidad contractual, viene dado por un proyecto vinculante; y en todo caso debe comprender todas aquellas operaciones que los usos y costumbres del lugar y la lex artis consideran comprendidas ordinariamente en el mismo; tanto documentales, de gestión como constructivas

e) cuando el aumento del coste, se deba a un error de medición que resulte directa o indirectamente de los planos, o por errores técnicos del proyecto, las consecuencias económicas del incremento del precio las asumirá el comitente, sin perjuicio de la acción de regreso contra el arquitecto; si el plano fuera correcto, el error de medición, lo sufrirá el contratista; y en caso de omisión de mediciones, la jurisprudencia atiende al mayor equilibrio de prestaciones entre las partes (STS 29-6-89).

SEXTO.- La circunstancia de que nos encontremos ante un contrato de esta naturaleza, a precio alzado o llave en mano, conlleva que el riesgo empresarial deba ser asumido por el contratista; determina, como afirma la demandada, que el contratista no pueda solicitar incremento de precio aunque bayan aumentado el de materiales y salarios.

Pero esta inalterabilidad del precio pactado, contiene una excepción en el propio texto del párrafo segundo del art. 1593 CC; cuando se introducen cambios en el plano, autorizados por el comitente, que generen aumento de la obra.

Así una constante jurisprudencia (ad exemplum, basten entre las más recientes las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1999, 3 de noviembre de 1998, 31 de octubre de 1998, 5 de octubre de 1998, 20 de marzo de 1998, 28 de marzo de 1996, 18 de abril de 1995, 24 de mayo de 1994, 21 de julio de 1993, 10 de junio de 1992).

Esta consideración de “precio cerrado” lógicamente sólo tiene como excepción, la que la propia Sentencia detalla:

(...) La invariabilidad del precio concertado carece de aplicación con arreglo al art. 1593 del Código cuando se altera el proyecto y se introducen cambios y mejoras constructivas que resultan demostradas y repercuten, incrementando el precio inicial.

En definitiva y como expresa el propio texto legal, siempre que concurre el triple requisito de:

a) Cambios en el plano.

b) Que produzcan aumento de obra.

c) Siempre, claro está, que hubiera dado su autorización el propietario; entendiéndose la jurisprudencia por “aumento de obra”, ya el incremento del volumen de la construida, ya el un mayor valor de la ejecutada en razón de la superior calidad de los materiales empleados, e inclusive la adopción de específicos métodos de construcción que supongan un incremento en los costes.

(...)”.

Recapitulando lo expuesto debemos decir que el Project tiene como finalidad asegurar a su riesgo y ventura determinados estándares de ejecución final de la obra, especialmente en lo que respecta al presupuesto de la obra. Ello además se extiende a otros dos aspectos: el plazo y la calidad.

Desde este punto de vista podríamos decir que el gestor o “Project” se compromete a ejecutar una obra o servicio con un determinado resultado: resultado que se objetiviza en tres elementos de la prestación a que se obliga: en el precio, en el plazo y en la calidad de la obra o proyecto.

Así contemplada la figura del Project o gestor de proyecto es un medio o técnica de asegurar un determinado resultado en la ejecución de una obra o en la prestación de un servicio de consultoría aplicado a dicha obra. Así, podríamos decir que el gestor de proyectos no es un agente más de la edificación: Su presencia y consideración supone contemplar una nueva seña de identidad de la figura, que pasamos a exponer:

2.3.3. El Project y la *Lex artis* aplicable: El contrato de Project basado en obligaciones de resultado.

El Project presupone un grado máximo de satisfacción en la prestación a la que se obliga: Desde este punto de vista mi opinión es que la *lex artis* aplicable al gestor de proyectos es lo que lo diferencia del resto de agentes de la edificación. Cabe definir la *lex artis*⁹ como “conjunto de reglas de contenido ético, científico y técnico que debe observar el sujeto en el desarrollo de su actividad profesional, de acuerdo a las circunstancias y factores presentes en el caso concreto, y cuyo grado de cumplimiento sirve de criterio de valoración e imputación de responsabilidad por el resultado de su actuación. Son las que dotan de contenido a la conducta que en ese caso concreto presumimos que llevaría a cabo el «buen profesional» y que se determinan para cada profesión y especialidad”.

9. PENNEAU, A; *Régles de L'art et Normes Techniques*. Paris, 1989, página 6.

El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de fijar el contenido y alcance de la «*Artis ad hoc*» en varias sentencias de entre las cuales destacamos aquí, entre otras, las de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2209), 25 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073), 2 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7405). Con ellas se consolida una línea jurisprudencial que establece las líneas o conceptos esenciales del término *lex artis*¹⁰:

1ª «Como tal "Lex" implica una regla de medición de una conducta a tenor de unos baremos que valoran dicha conducta.

2ª Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.

3ª Técnica: los principios o normas de la profesión en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el *arte* personal de su autor o profesionalidad.

4ª El objeto sobre el que recae: según el campo de actividad del profesional y en atención a su especialidad: Arquitectos Superiores, Ingenieros Técnicos, Aparejadores, etcétera.

5ª Concreción de cada acto o presupuesto *ad hoc*: tal vez sea éste el aporte que individualiza a este concepto *estándar*. Efectivamente, las circunstancias presentes en cada caso o supuesto concreto determinan o modulan de forma específica las posibilidades de actuación, es decir, las opciones posibles y las soluciones concretas adecuadas al contexto de la situación. Así pues, en toda profesión rige una "*Lex Artis*" que condiciona la corrección de su ejercicio y se modula merced a las circunstancias del supuesto.

Aplicando el concepto de *lex artis* al ámbito de nuestro estudio, considero que el *Project* o gestor de proyectos es una técnica contractual, (que se origina normalmente mediante contrato entre propietario de la obra, o promotor y *Project*) en virtud de la cual se PREFIGURAN O PREDISPONEN entre las partes criterios específicos de *lex artis* en el ámbito de la construcción. Dichos criterios se trasladan normalmente a tres datos objetivos, que se convierten en causa eficiente del contrato: el plazo, el precio y la calidad.

Lo anterior nos lleva a considerar una nueva derivada de la figura, y es que la figura del *Project* supone una evolución en la distinción entre las obligaciones de medio y resultado en el ámbito de la construcción: El *Project* en todo caso se configura como un contrato con prestaciones de resultado.

DÍEZ PICAZO¹¹ explica claramente la diferencia entre obligación de medios y obligación de resultado: «*En la prestación de actividad, el deudor se compromete únicamente a su esfuerzo y por consiguiente cumple cuando este esfuerzo ha sido desarrollado. Si existe una actividad del deudor destinada a cumplir, habrá solo cumplimiento defectuoso en la medida en que no observe la diligencia normal. En cambio, si la prestación es de resultado el deudor no compromete su actividad, sino también el resultado que ha de obtenerse con ella. Por eso, si hay actividad, pero no resultado, no habrá cumplimiento aunque defectuoso, sino verdadero y propio incumplimiento*».

La consideración de esta prestación como de resultado tiene una consecuencia o trascendencia económica: a medida que los estándares pactados (plazo y calidad) sean satisfechos, el *Project* estará más incentivado económicamente, puesto que su retribución será mayor. Y al revés, cabe contemplar un régimen de penalizaciones sobre el precio pactado, cuya concreción se base en la trascendencia del cumplimiento o no de los estándares de calidad mencionados.

10. Recogidas por OROZCO PARDO G. *La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de la tendencia unificadora*. Aranzadi Civil, número 2/2006.

11. DIEZ-PICAZO. «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*». Madrid, 1996, Volumen 1, página 455.

Por todo ello, Y RECAPITULANDO, debemos concluir que la figura del Project es una técnica contractual basada en la imposición a una de las partes de obligaciones de resultado que se objetivizan en tres elementos del contrato: el precio cerrado, el plazo y la calidad, y cuya ejecución debe realizarse bajo las determinaciones de la *lex artis* aplicable en un grado máximo, que el Project ejecuta por sus propios medios y bajo su supervisión, y a su completo riesgo y ventura.

3. LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL PROJECT MANAGEMENT EN LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El derecho público español no reconoce explícitamente la figura del Project. Se podría decir en una primera aproximación, que la figura del Project tal como la hemos explicado en líneas anteriores, y tal como es entendida en el ámbito de la construcción y la consultoría, no “encaja” en el formato restrictivo de la legislación aplicable a las Administraciones Públicas.

En primer lugar, puesto que la Administración tradicionalmente (por esencia) no se desvincula de la ejecución del contrato (al modo en que sí lo hace en el régimen privado de la figura el *dominus* o dueño de la edificación), ostentando siempre la superior vigilancia.

En segundo lugar, la atribución al administrado de actuaciones globales o integradas (como lo son las del Project) por parte de la Administración Pública no concuerda fielmente con la necesaria concreción del objeto del contrato según la normativa de aplicación a los contratos administrativos típicos.

En tercer lugar, la certeza del precio como requisito del contrato administrativo puede chocar con sistemas de retribución que se basen en el cumplimiento o no de los parámetros de satisfacción pactados.

Reconozco, en ésta línea argumental que la situación actual es que los modelos de Project, al modo entendido (según lo expuesto) por el derecho Privado es en principio inaplicable en el Derecho Público¹².

El trasladar esquemas contractuales de Derecho Privado al derecho Público es una tarea compleja.

Mi intención en las próximas líneas es proporcionar desde mi experiencia en el sector de las Administraciones Públicas, determinados cauces de conciliación, y propiciar si son posibles vías de acercamiento, desde un punto de vista dogmático.

3.1. La amplitud de prestaciones en el caso del Project sí pueden tener cabida en el contrato administrativo.

12. A lo sumo, en una primera aproximación, podríamos considerar que muchas de las prestaciones del Project se encuadren dentro del contrato de consultoría, con carácter mixto en algunos casos con el de obra, regulados por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. (en adelante Ley de Contratos). Nos encontraríamos ante contratos que normalmente se denominan “de Dirección integrada de proyectos”, y que son contratos de consultoría y de asistencia (artículos 5.2.a y 196 y ss. de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

La configuración de los contratos administrativos no es tan flexible como en el Derecho Privado. Ni siquiera la labor de interpretación que puede realizar el órgano de contratación implica que pueda atribuir al contrato el alcance que estime oportuno, sino que en tal cometido ha de guiarse por criterios previstos en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, es importante tener en cuenta que, a falta de disposición expresa en la normativa administrativa, ha de someterse a los criterios interpretativos establecidos en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, que resultan predicables también respecto de los contratos administrativos.

Así lo ha expuesto en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, señalando que el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, ya que responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho Civil, lo que permite invocar con carácter supletorio los principios establecidos en el Código Civil (entre otras, sentencias de 18 de julio de 1988, 16 de mayo y 6 de julio de 1990, 15 de febrero de 1991, 14 de diciembre de 1995, 11 de marzo de 1996 y 5 de junio de 2001).

La labor hermenéutica debe, pues, atender de manera primordial a la voluntad manifestada por las partes, que en este caso se encuentra limitada por lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Contratos (*La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla*).

A salvo los límites señalados, debe tenerse presente en éste sentido que el objeto del contrato, en caso de Project, tiene naturaleza "atípica", pero no por ello, contraria a derecho.

A pesar de que como ya he dicho en anteriores líneas la figura de Project en el ámbito del Derecho Público no está reconocida ni regulada, si debo dejar manifestado, que se ha producido un avance en la conceptualización de la figura, a nivel legislativo. Existe en nuestro Ordenamiento Jurídico (a nivel de Anteproyecto, en fecha 2006) una norma que a mi juicio sintetiza la figura, impulsando de esta forma su caracterización como contrato típico. Me refiero al Anteproyecto de Ley del Sector Público¹³, la cual en su artículo 11 denominado "Contratos de Colaboración entre el sector Público y el sector Privado", se expresa de la siguiente forma:

1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento y actualización, su explotación o su gestión.*
- b) Fabricación de bienes y prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.*
- c) Otras prestaciones de servicios ligadas al ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado.*

13. Normativa que derogará la actual legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

2. *El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución.*

3. *La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento”.*

Sin duda, este artículo establece las señas de identidad de la figura del Project de una forma, a mi juicio, completa y homogénea.

Así, en primer lugar, denomina al contrato como de colaboración. *Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado para la realización de una actuación global e integrada (...) necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público”.*

Como vemos, es una definición de la figura que guarda perfecta sintonía con la expuesta en líneas anteriores, cuando nos referíamos al régimen de derecho privado aplicable a la misma. La denominación de este tipo de contratos como de colaboración no es casual. La colaboración entraña “affectio societatis”, y por tanto entraña permanencia de la Administración en su labor de control y supervisión, si bien trasluce una situación contractual más dinámica por parte del administrado, al responsabilizarse de un resultado contractual, en el que “cobra” relieve la nota de explotación empresarial.

En éste sentido la relación entre las partes es distinta y más amplia que la de meros contratantes, adquiriendo especial relieve el contenido económico y organizativo de la relación.

Ello lo demuestra el hecho de que *“El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución”.*

En segundo lugar, con ésta regulación, si definitivamente permanece en el texto definitivo que se apruebe, no se constata impedimento para cumplir con el requisito de determinación del objeto contractual, a pesar de lo variado de las prestaciones que pueda contener la figura del Project. Así, *“La construcción o transformación de obras, (...), su explotación o su gestión. (...) prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. Otras prestaciones de servicios ligadas al ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado”.*

Es coherente dicha definición con el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de los Contratos de las Administraciones Públicas que afirma que *“El objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación”.*

3.2. La determinación del precio. La posibilidad de incluir cláusulas de incentivo o minuendo según la calidad de la prestación.

El artículo 11 del Anteproyecto de la Ley del Sector Público establece que *“La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento”.*

Debemos hacernos la siguiente pregunta, ¿es posible en éste momento, con arreglo a la normativa existente, determinar la contraprestación del contratista o consultor, bajo parámetros similares de cumplimiento de objetivos de rendimiento?. En suma, ¿Es compatible éste sistema de retribución con el requisito del precio cierto?

El requisito de certeza del precio viene determinado por el artículo 14 de la Ley de Contratos que establece *1. Los contratos tendrán siempre un precio cierto, (...) y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido (...).*

En todo caso los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado.

2. Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y en los casos que una Ley lo autorice expresamente.

3. La financiación de los contratos por la Administración se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de la prestación, debiendo adoptarse a este fin por el órgano de contratación las medidas que sean necesarias al tiempo de la programación de las anualidades y durante el periodo de ejecución.

(...)

A su vez, en los contratos de consultoría y asistencia, el artículo 202 de la Ley de Contratos vigente, al delimitar las actuaciones administrativas preparatorias de estos contratos, exige la fijación del sistema de determinación del precio en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Sistema que según el párrafo 2 de la Ley puede ser "precios referidos a componentes de la prestación, unidades de obra, unidades de tiempo o en aplicación de honorarios por tarifas, en un tanto alzado, cuando no sea posible o conveniente su descomposición o en una combinación de varias de esas modalidades".

En principio la modalidad de Project entraña un componente de aleatoriedad en la retribución del mismo, la cual en parte dependerá del cumplimiento de los estándares de calidad pactados, a satisfacción de la Administración, así como de la involucración del Project en el cumplimiento anticipado del plazo de ejecución y ahorro de costes. Ello, sin embargo no quiere decir que el precio en éste tipo de contratos no tenga el carácter de cierto, de acuerdo a las argumentaciones que voy a exponer a continuación.

A mi juicio el precio "cierto" no es exactamente igual que el precio "determinado". **En la técnica del Project el precio es cierto (no sometido al arbitrio de una de las partes, ni necesitado de un nuevo acuerdo) si bien no está determinado (aunque sí es determinable).**

Clarificador en éste sentido es el supuesto analizado por el Informe 50/2000 del Consejo Consultivo de Andalucía de 30 de marzo de 2000.

La cuestión que se suscita deriva de la interpretación que haya de darse a la cláusula 3.5 del Pliego de Cláusulas de Explotación que, se recuerda, es del siguiente tenor: «Las tarifas ofertadas podrán ser objeto de revisión en los términos y porcentajes que se determine por la Consejería de

Salud, mediante Orden publicada en el BOJA. En ningún caso, la revisión podrá superar el tipo máximo que en aquella norma se fije».

Con el fin de delimitar los términos de la discusión jurídica, puede centrarse el debate interpretativo del siguiente modo: frente a la idea de que la cláusula expresada viene a significar que el precio del contrato es determinable en función de la revisión de las tarifas que se acuerde por Orden de la Consejería de Salud, se sostiene, por el contrario, que tal disposición contempla una revisión del precio determinado fijado en el contrato y que, por ello, ha de entenderse de modo que las previsiones del artículo 104 de la Ley 13/1995¹⁴, sean respetadas. Expresado de otro modo: se trata de saber si la cláusula 3.5 es un medio para la determinación del precio o se refiere a una revisión del precio del contrato, en sentido estricto.

La discusión, desde luego, sería insostenible, si en la contratación administrativa sólo fuesen posibles precios determinados. Sin embargo, el debate es plenamente admisible toda vez que en los contratos administrativos el precio puede ser determinable, ya que el artículo 14 de la Ley 13/1995, referido al precio en los contratos administrativos, aunque exige que el precio de éstos sea cierto, nada establece expresamente acerca de que baya de estar determinado. Ahora bien, «para que el precio se tenga por cierto bastará con que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada», según dispone el artículo 1447 del Código Civil, aplicable al ámbito de la contratación administrativa en defecto de norma administrativa sobre el tema (art. 7.1 de la Ley 13/1995). Esto es, en el ámbito de la contratación administrativa sólo es exigible que, como en los contratos privados, no sea necesario un nuevo acuerdo para la fijación del precio. Queda así eliminada la cuestión relativa al precio cierto en los contratos, a la que constantemente se remite la Intervención para justificar su reparo, puesto que esa exigencia (art. 14 de la Ley 13/1995) no puede confundirse con la determinación del precio.

Pues bien, así delimitado el supuesto a examinar, la «revisión de tarifas» a que se refiere la cláusula 3.5 del Pliego de Cláusulas de Explotación constituye un instrumento para la determinación del precio del contrato y no una revisión del mismo. Tal conclusión se apoya en las siguientes consideraciones:

1.ª El tenor literal de la cláusula de cuya interpretación se trata que, al hablar de tarifas «ofertadas», de una parte, admite implícitamente su carácter fluctuante y, de otra, difiere la fijación del precio del contrato al momento de su aceptación.

2.ª La propia ubicación sistemática del apartado que contiene la previsión en cuestión. En efecto, no figura al tratar de la modificación del contrato en la cláusula 19, cuyo apartado 1 contempla la modificación del «precio que ha de ser abonado por la prestación del mismo», ni en cláusula autónoma. Por contra, aparece dentro del «presupuesto y precio», cláusula 3 del Pliego.

3.ª Las características del servicio prestado. En efecto, el transporte sanitario no es sólo un transporte en que el número de desplazamientos no sea previsible, sino en que el precio del carburante,

14. 1. La revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar en los términos establecidos en este Título cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 % de su importe y haya transcurrido un año desde su adjudicación, de tal modo que ni el porcentaje del 20 %, ni el primer año de ejecución, contando desde dicha adjudicación, pueden ser objeto de revisión.

2. En ningún caso tendrá lugar la revisión de precios en los contratos cuyo pago se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra a que se refiere el artículo 14, ni en los contratos menores.

3. El Pliego de Cláusulas Administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y, en resolución motivada, podrá establecerse la improcedencia de la misma que igualmente deberá hacerse constar en dicho pliego.

elemento fundamental del capítulo de costes, es fluctuante en el mercado. Eso aconseja pactar unas tarifas abiertas o determinables y no cerradas o determinadas, que sólo serían modificables a través de la figura de la revisión de precios (art. 104 de la Ley 13/1995).

Con ello no se están eludiendo las exigencias del artículo 104 de la Ley 13/1995, y no se están eludiendo sencillamente porque la premisa menor estudiada no es subsumible en la premisa mayor diseñada por aquel precepto. En la concepción de la cláusula 3.5 del Pliego la revisión de las tarifas por Orden de la Consejería de Salud lo que hace es justamente cumplir con sus previsiones, para culminar la tarea no completamente realizada en el Pliego, de determinar el precio del contrato. Dicho en otros términos, en opinión de este Consejo Consultivo los contratos en que se inserta la cláusula cuya interpretación se discute no tienen un precio determinado, que se trate ahora de revisar, sino que se trata de contratos cuyo precio se determina sólo en parte, remitiéndose a una Orden posterior para su fijación final.

Así pues, con tal tipo de cláusulas no se trata de arbitrar inadmisibles artimañas con la finalidad de eludir la operatividad del artículo 104 de la Ley 13/1995; ahora bien, tampoco cabe erigir al precepto en obstáculo para que la Administración pacte con los contratistas las condiciones que mejor se adapten a las singularidades de la actividad a desarrollar por aquéllos. La conciliación de ambos aspectos no requiere, en este caso, de sacrificios de uno en favor de otro, sino de una interpretación correcta del supuesto de hecho y del alcance regulador de los preceptos involucrados.

Por otro lado, la necesidad de atemperar el gasto a las exigencias presupuestarias, que se apunta en algún trámite del expediente, no sólo es un aspecto ajeno en sí a la cuestión suscitada, sino que para conseguir su satisfacción no es necesario idear límites a la contratación administrativa más allá de los estrictos requisitos legales, pues, entre otras cosas, la fiscalización del gasto que realiza la Intervención permite, justamente, alcanzar dicho objetivo".

Trasladando los razonamientos del Informe anterior a nuestro objeto de análisis, vemos por tanto que es posible, sin contrariar los límites de la libertad de pactos en el ámbito de la contratación administrativa, establecer un sistema de retribución o precio basado en la aplicación durante la ejecución del contrato de criterios numéricos según determinados hitos y parámetros de calidad. Sería tanto como prever en las cláusulas aplicables al contrato una prima -por ejemplo- de un 5% del presupuesto pactado a aquél Project que ejecutara con antelación una obra, o ahorrara del coste del presupuesto en su día contemplado determinadas partidas de obra, sin merma de la calidad. Dicha cuantificación se realizaría como una labor más (contenida en la genérica) de supervisión del contrato por la propia Administración.

4. CONCLUSIONES. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.

La cuestión que he expuesto, quizás, deberá ser objeto de futuras reflexiones. Nos encontramos en la actualidad ante una figura (la del Project) no suficientemente analizada, y por tanto, como consecuencia, deficientemente utilizada.

He tratado en este sentido, de anticipar criterios o reglas para fundamentar su aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas, sin perjuicio lógicamente de las especificidades concretas

que genere la práctica en un futuro inmediato, teniendo en cuenta la aplicación de la futura Ley del Sector Público, pero auspiciando una interpretación de la figura con los instrumentos legales actuales. Con independencia de ésta labor, si deseo finalizar estas líneas con una última reflexión: la figura del Project y su aplicación en la Administración Pública no sólo tiene un componente legal y jurídico importante. También requiere a mi juicio un cambio de mentalidad en el sector privado.

En general, la construcción de la obra pública se articula en base a una cierta “naturalidad” de que uno de los cometidos de la Administración es garantizar el pago del coste de las desviaciones o modificaciones de presupuesto y atemperar posibles desviaciones del plazo de ejecución en la obra. La figura del Project aporta una nueva visión del papel del sector privado en la ejecución de la obra pública: supone un compromiso “intrínseco” del sector privado con el interés público de la actuación.

Políticas Públicas de Ordenación del Territorio Rural en Andalucía: la perspectiva de un siglo de transformaciones jurídicas.

José Luis Palma Fernández
Letrado del Consejo de Estado
Socio de Gómez-Acebo & Pombo Abogados

1. Introducción y motivación del estudio. 2. La Colonización precedente de la Reforma Agraria. 3. Reforma Agraria y República. El papel de los colonos y los funcionarios en la aplicación andaluza de la Reforma. 4. Política de tierras junto a política de abastecimientos: El Instituto Nacional de Colonización, complemento territorial del Servicio Nacional del Trigo. 5. El proceso de concentración parcelaria. 6. La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y la labor del IRYDA. 7. Sobre la última hora de la ordenación del territorio en Andalucía.

1. INTRODUCCIÓN Y MOTIVACIÓN DEL ESTUDIO.

La ordenación del territorio rural en Andalucía, tomada desde una perspectiva jurídica, resulta susceptible no sólo de una investigación en sus diversos matices puntuales (las relaciones jurídicas, la acción del hombre sobre la naturaleza, la urbanización de los espacios) sino también desde una contemplación secuencial del territorio en el tiempo ligada a la acción de la más transformadora de las formas de organización humana: la acción de las Administraciones Públicas.

Si el hombre, individualizadamente, es capaz de una acción continuada sobre el territorio de la que puede derivar un resultado de cambio, ni que decir tiene que la Administración –caracterizada desde la perspectiva que nos interesa por las notas distintivas de su pervivencia intemporal y su elevada capacidad económica e inversora– es muy superior al individuo (sea hombre o entidad jurídica) en su eficacia transformadora de dicho territorio.

De acuerdo con tal premisa, proponemos un ejercicio de contemplación del espacio rural de Andalucía (el más extenso de los territorios andaluces, si lo contraponemos al urbano) desde una perspectiva temporal de aproximadamente un siglo. Y para ello queremos hacer un recorrido –necesariamente breve por lo limitado del espacio que se nos ofrece– a lo largo de las diversas grandes orientaciones transformadoras que sobre tal territorio se han dibujado a lo largo del tiempo por la Administración Pública. Ni se puede atender a todas las actuaciones, ni todas ellas son susceptibles del mismo tratamiento en profundidad y detalle. Baste solo con atender al hecho –y de ello versa el artículo– de que sobre un territorio geográficamente delimitado con nitidez se han sucedido a lo largo de un siglo más de 6 grandes políticas pretendidamente alteradoras de la organización previa del espacio rural.

De la diferencia de concepto, enfoque jurídico, eficacia o trascendencia han hablado otros muchos. A nosotros nos basta ahora con enumerar y perfilar como una sucesión de políticas públicas se ha desarrollado sobre un enclave geográfico territorialmente amplio y con finalidades y motivaciones muy distintas hasta llegar a la superficie final sobre la que proyecta sus competencias en la actualidad la Junta de Andalucía.

Precisamente esta última acción transformadora (la puesta en práctica por la Comunidad Autónoma de Andalucía desde su creación) es la que, obligadamente, queda extramuros del presente artículo. En el diseño de la superficie rural de Andalucía por la acción autonómica tiene mucho que ver la realidad social y económica que se encuentra como resultado de la evolución de este siglo de acontecimientos públicos. Nos basta con perfilar cuáles fueron los condicionantes jurídicos de la acción autonómica desde un principio (y en gran medida, los que sigue existiendo a día de hoy) para comprender cuales habrían de ser las políticas públicas a acometer. Dejamos a otros enjuiciarlas.

Y lo que sigue es el resultado de nuestro trabajo.

2. LA COLONIZACIÓN PRECEDENTE DE LA REFORMA AGRARIA.

El transcurso del tiempo aleja y desenfoca las perspectivas de comprensión de los problemas, rodeando los conceptos de un conjunto de dogmas y entendimientos preconcebidos que terminan produciendo una imagen por completo desajustada de lo que en realidad fueron las cosas.

Uno de los institutos jurídico-agrarios más afectados por esa natural propensión humana es, sin duda, la Reforma Agraria. Y decimos Reforma Agraria con mayúsculas puesto que ni los intentos de colonización y repoblación interior –más o menos decidida o resueltamente acometidos por los poderes públicos en los siglos XVIII-XIX y de los que siempre fue señera referencia Andalucía como pretendida tierra de promisión agraria– pueden elevarse al grado de política pública generalizada como fue la Reforma Agraria, ni las posteriores acepciones del término “reforma agraria” alcanzan la significación y trascendencia que tuvo (y que ya no tiene en modo alguno) lo que se denominó “la cuestión de la Reforma Agraria”.

Si resulta otra cuestión el individualismo económico del siglo XIX (con sus lógicas secuelas jurídicas aplicadas al problema de la tierra), las aspiraciones del colectivismo agrario (tan agudamente señaladas y estudiadas por COSTA¹), nunca pasaron de ser un mero desideratum al que apenas se dio tímida respuesta a través de muy limitadas y particulares actuaciones de colonización y repoblación interior (lo que ocurriría señaladamente en el caso andaluz desde el S.XVIII y Carlos III).

Los precedentes de la Desamortización del siglo anterior no habían sino exacerbado los ánimos de los menos pudientes, acentuando la cada vez más elevada diferencia entre las clases sociales emergentes. Como señala BALLARÍN² la Desamortización era de por sí un gran avance para la teoría de la reforma agraria: por primera vez en la historia –desde las XII Tablas– el derecho de propiedad sobre la tierra se sustituía en el patrimonio de un individuo por láminas o títulos de la deuda, a fin de que el suelo cumpliera su función principal de producir. Bastaba, en teoría, que los bienes pasaran de las manos muertas a las manos vivas.

Analizar con mayor rigor la situación en la que nació la Desamortización de Mendizábal (y las que se le siguieron) permitiría comprender como la venta de bienes que supuso (en toda España y por supuesto en Andalucía, donde tuvo como resultado el problema del latifundismo aún subsistente (mejor diríamos, siempre subsistente) y que gravita como una losa sobre todos los intentos de cambio a los que haremos referencia) estuvo más ligada a una determinada situación de falta de presupuesto del

1. COSTA, J. “Colectivismo agrario en España” 2 Tomos. Editorial Guara, Zaragoza 1981.

2. BALLARÍN MARCIAL “Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria” Madrid, 1975. Pp. 838 ss.

Estado para mantener la que sería primera Guerra Carlista (desde 1833 a 1841) y de acuciante necesidad de caudales para sostener al ejército liberal que a una eventual cuestión jurídica innovadora (que sería posterior en el tiempo –como originalidad jurídica– al previo y preeminente problema militar).

Por ello, como señalaría COSTA más adelante, la Desamortización sólo sirvió “*para hacer más ricos a los ricos y más pobres a los pobres*”³, resultando de ella una acumulación de capital en tierras y una concentración de poder agrario en muy pocas manos que no hizo sino extremar las graves condiciones de distribución y tenencia de la tierra que ofrecía España en el siglo XIX. Y muy significadamente lo anterior ocurrió en Andalucía.

Superadas en el tiempo las desamortizaciones y consolidado progresivamente un extraordinariamente rígido panorama de propiedad agraria, el advenimiento de la Restauración en el último cuarto del siglo XIX no contribuyó a mejorar las cosas puesto que tal régimen estaba totalmente incapacitado para acometer una reforma agraria por la sencilla razón –señala BALLARÍN– de que el pueblo español, el verdadero pueblo, vivía alejado de la arena política en la que solo contendían caciques liberales contra caciques conservadores (por regla general igualmente poderosos). COSTA lo señala expresamente en “*Oligarquía y caciquismo*” al atacar una democracia que de ella solo tenía el nombre, resultando –dice– que el arrendador y el patrono pueden despedir a su antojo al colono y al obrero en nombre de la sacrosanta libertad de pacto (arma fundamental puesta en sus manos por el liberalismo de nuestro Código Civil).

La creciente inquietud social de principios del siglo XX propicia reiterados intentos de remediar el problema agrario. Y el problema agrario es particularmente grave en Andalucía. Bajo el Rey Alfonso XIII se promulga la Ley de Colonización y Repoblación interior de 30 de agosto de 1907, seguida de su reglamento de desarrollo (aprobado mediante Real Decreto de 13 de diciembre de 1907 y luego modificado por otro de 13 de marzo de 1908).

Al decir de RODRIGUEZ ARANDA⁴ fue una ley rica en pretensiones que, sin embargo, tuvo un contenido pobre al limitar mucho los terrenos sujetos a colonización. La propia norma reconocía que era un ensayo y su eficacia fue prácticamente nula. Descansa sobre el ya erosionado y desfasado concepto de la colonización interior (que databa en sus mejores momentos de la época de Carlos II y que tuvo que ver tanto con Andalucía), sin hacer otras consideraciones de carácter económico.

Sí resulta una novedad considerar a la familia como sujeto colonizador (en lugar de al colono en solitario), aunque el carácter pacato e irrelevante de la norma se aprecia en el hecho de que solo se actuaba por medio de la colonización sobre terrenos del Estado o de los municipios (los terrenos de privados solo fueron introducidos en 1908 y siempre de acuerdo con los dueños de los mismos). La ley considera la colonia agrícola como un núcleo de población en la que se asientan (reténgase este término por lo que luego se verá con la auténtica Reforma Agraria) familias campesinas a las que se le adjudican lotes de terreno para su cultivo. El régimen de tenencia de dichos terrenos se establece como posesión durante los 5 primeros años, transcurridos los cuales convierte a los poseedores en propietarios cumpliendo determinadas condiciones.

3. Citado por BALLARÍN MARCIAL Op. Cit. Pp. 839.

4. RODRIGUEZ ARANDA, A. “Reforma agraria y Derecho”. EDERSA, Madrid, 1977. Pp. 62 ss.

Lo cierto es que la Ley apenas dio lugar a unas pocas mal llamadas colonias agrícolas (varias de ellas en Andalucía), carentes de los mínimos requisitos para ser consideradas como tales⁵. Tampoco la modificación del sistema (mediante el Real Decreto de 9 de septiembre de 1915), dando entrada a la colonización mediante concesionarios (que realizan la petición particular de colonizar una zona, otorgándoseles la correspondiente concesión por la Junta Central) parece que diera resultado alguno.

El denominado por RODRIGUEZ ARANDA⁶ “*canto del cisne de la labor colonizadora*” vino de la mano del reglamento de colonización interior aprobado mediante Real Decreto de 23 de octubre de 1918, último intento de mantener vivo el espíritu colonizador de la Ley de 1907. La supresión de la Junta Central de Colonización al ser absorbidas sus funciones por la Dirección General de Acción Social Agraria (creada por Real Decreto Ley de 26 de julio de 1926, dentro ya de la Dictadura) supuso la desaparición efectiva del fenómeno colonizador en la forma clásica.

Dentro de la Dictadura, la acción agraria se orientó hacia la nueva política de la parcelación: compra de fincas por el Estado y posterior adjudicación a agricultores necesitados una vez parceladas. El Real Decreto de 7 de enero de 1927 y el Real Decreto Ley de 9 de marzo de 1928 constituyen las disposiciones fundamentales de este nuevo sistema.

La distribución de las tierras se llevó a cabo entre agricultores que ya cultivaban las fincas (como arrendatarios o en calidad de colonos), realizándose sobre fincas de propiedad particular (adquiridas a sus dueños o cedidas por los Ayuntamientos), lo que evitó expropiaciones y permitió continuar en el cultivo a quienes conocían la tierra. Los resultados fueron buenos, aunque la labor no continuó en el tiempo por el cambio de régimen y orientación en la acción agraria.

Hubo, pues, una primera pretensión de acción transformadora desde el Estado —único artífice relevante de la transformación jurídica y social en Andalucía en tal momento— que no fue culminada por ningún resultado digno de mención especial. Sin embargo, el envite reformista del medio rural estaba vivo y no podía ser soslayado por la generación siguiente. Y los problemas de distribución de tierras en Andalucía no habían hecho sino manifestarse públicamente, porque en privado ya eran muy conocidos por su población.

3. REFORMA AGRARIA Y REPÚBLICA. EL PAPEL DE LOS COLONOS Y LOS FUNCIONARIOS EN LA APLICACIÓN ANDALUZA DE LA REFORMA.

La conexión entre Reforma Agraria y República fue siempre esencial. El advenimiento de la República en 1931 coincide con un serio problema de paro en los campos y una inquietante situación social en un país, España, en el que cerca del 50 % de la producción final procede del sector primario. A decir de MALEFAKIS⁷ “*Durante toda la primera mitad del siglo XX, España siguió siendo lo que siempre había sido: un país básicamente agrícola*”.

5. Según menciona RODRIGUEZ ARANDA (Op. Cit. Pp. 65) en 18 años por la Junta Central de Colonización se destinaron a las colonias 11.028 hectáreas, de las cuales solo eran cultivables 5.155, que se dedicaron a lotes individuales, y el resto de 5.785 a lotes comunales. Los colonos instalados —en 18 colonias— fueron 4.006 habitantes y se construyeron 596 casas y 50 edificios comunales.

6. Op. Cit, Pp. 74.

7. MALEFAKIS, E. “Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX”. Editorial Espasa, Colección Austral. Madrid, 2001.

El nuevo Gobierno republicano adopta como norma de su actuación “*el reconocimiento de que el Derecho agrario debe responder a la función social de la tierra*”⁸. Desde este momento, el nuevo sesgo jurídico-agrario de la República se incrementa por momentos desde el propio texto constitucional de 1931 en sus artículos 44 y 47. Veamoslos:

Artículo 44:

“...
“

La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social.

“...
”

Artículo 47:

“La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para riego y vías rurales de comunicación”.

Pese a que la Ley de Bases para la implantación de la Reforma Agraria no fue sancionada hasta el 15 de septiembre de 1932, siendo Ministro de Agricultura, Industria y Comercio Marcelino Domingo y Sanjuán, lo cierto es que desde el mismo mes en que se produjo la llegada de la República se comenzaron a publicar una serie de acciones legales y reglamentarias inmediatas que eran inequívoca señal del nuevo signo de los tiempos.

Del modo indicado se impone a los patronos la preferencia de braceros de la localidad para faenas agrícolas, para remediar la crisis de trabajo⁹; se prohíbe el desahucio en los arrendamientos de campesinos modestos¹⁰ y se ordena el laboreo forzoso de tierras por causa de utilidad pública, encomendando a las Comisiones municipales de policía rural que averigüen las fincas que no se laborean, dictando normas conducentes al cultivo obligatorio de las roturadas¹¹. Ocioso resulta exponer que la mayor parte de las crisis y situaciones agrarias que se pretendían solventar estaban en su mayor parte en Andalucía y Extremadura.

Simultáneamente se crean y organizan los jurados mixtos de trabajo rural, de la propiedad rústica y de las industrias agrarias¹²; se aprueban las bases para la aplicación a la agricultura de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900¹³; se establece la jornada laboral máxima de 8 horas –incluso para la agricultura, salvo excepciones en ciertos trabajos y épocas– y se establece un régimen circunstancial

8. Artículo 5 del Estatuto jurídico del Gobierno provisional de la República. Resulta muy curioso observar la completa coincidencia de dicho precepto jurídico con unos párrafos de un artículo publicado en “*El Sol*” de 15 de abril de 1931 (día siguiente al advenimiento de la República): “...este gobierno, sensible al abandono absoluto en que ha vivido la inmensa masa campesina española, al desinterés de que ha sido objeto la economía agraria del país y a la incongruencia del derecho que la ordena con los principios que inspiran y deben inspirar las legislaciones actuales, adopta como norma de su actuación el reconocimiento de que el derecho agrario debe responder a la función social de la tierra”.

9. Decreto Ley de 28 de abril de 1931, llamado “de términos municipales”, dictado según CARRIÓN (Op. Cit. Pp. 114 para evitar que se dejara sin trabajo a muchos de los campesinos afiliados a los organismos obreros.

10. Decreto de 29 de abril de 1931.

11. Decreto Ley de 7 de mayo de 1931.

12. Decreto de 7 de mayo de 1931, refundido luego en la Ley de 27 de noviembre del mismo año.

13. Decreto de 12 de junio de 1931 y Reglamento de 25 de agosto siguiente, los cuales, según CARRIÓN (Op. Cit. Pp. 114) permitieron atender en el período 1931-1935 a 92.005 accidentados.

de revisión de renta de los contratos de arrendamiento de fincas de hasta 15.000 pesetas a los efectos de su reducción conforme al avance catastral y, en su defecto, al líquido imponible que figure en el amillaramiento¹⁴.

Simultáneamente a lo anterior, la Comisión Técnica Agraria, creada mediante Decreto de 21 de mayo de 1931, fue la encargada de proponer al Gobierno la legislación y medidas para llevar a cabo la reforma¹⁵. La publicación de la definitiva primera Ley, sin embargo, se demoró mucho más de lo previsto puesto que dicha Comisión terminó siendo sustituida por otra y abandonados sus primeros postulados, que se tacharon de extremadamente radicales (ocupación de fincas por Decreto –sin expropiación– y asentamiento inmediato de miles de campesinos, especialmente del Sur de la Península).

En la forma señalada, los debates de la Ley de Reforma Agraria (finalmente precipitados por el golpe de Estado de Sanjurjo de 1932¹⁶) constituyeron los prolegómenos de lo que habría de ser sentido por los campesinos más desfavorecidos como una esperanza largamente acariciada (el acceso a la propiedad de la tierra), nunca materializada.

El término “*Reforma Agraria*” pasa a materializarse como la expresión de un anhelo, en buena medida utópico, bajo cuya idílica promesa (agitada por unos medios de comunicación ansiosos de llegar a los nuevos destinatarios de su acción, escasamente formados y fácilmente maleables) fueron guiadas las nuevas fuerzas de transformación social que la República quiso capitalizar, con inequívoca voluntad pero sin éxito técnico ni económico¹⁷.

Dictada la Ley de Reforma Agraria de 1932, su vigencia se retrotrajo a “*las situaciones jurídicas particulares relativas a la propiedad rústica que se hubiesen creado voluntariamente desde el 14 de abril de 1931 hasta el momento de la promulgación de este ley*”¹⁸.

14. Decreto de 11 de julio de 1931.

15. Disponemos de un testimonio de primera mano sobre el funcionamiento de la citada Comisión Técnica Agraria. PASCUAL CARRION, que sería Secretario de la Junta Central de Reforma Agraria, nos muestra en su libro “*La Reforma Agraria de la segunda república y la situación actual de la agricultura española*” (Ediciones Ariel, Madrid 1972, Colección Horas de España) como fueron los trabajos técnicos que condujeron a la Ley de 1932, las necesidades urgentes y las demoras en la adopción del núcleo de la Reforma. Muy sentidas reflexiones de esta obra tienen como destinatario directo a Andalucía.

16. CARRIÓN, Op. Cit., Pp. 121: transcurrido cerca de un año desde la implantación de la República sin lograr que el Parlamento discutiera el Proyecto de Reforma Agraria, “*Las derechas combatieron mucho este último proyecto en el Parlamento y en agosto de 1932 había avanzado poco su discusión. Sólo el movimiento del general Sanjurjo del 10 de este mes consiguió despertar a las izquierdas y avanzar en su aprobación, promulgándose la ley en septiembre de dicho año, es decir, año y medio después de implantarse la República, dando lugar a que se impacientasen los campesinos y hubiese algunas revueltas, como nosotros temíamos*”. El 24 de agosto se decretó la incautación sin indemnización de las fincas de los grandes de España, aunque apenas fue aplicada. MALEFAKIS (Op. Cit.) es de la misma opinión que CARRION en relación al proyecto final aprobado: “*Sin el levantamiento de Sanjurjo, es dudoso que hubiese recibido la aprobación de las Cortes sin sufrir modificaciones sustanciales*”.

17. El libro de ARCAYA, F.D. “*La Reforma Agraria de 15 de septiembre de 1932*”, Reus, Madrid, 1933. no deja lugar a dudas sobre el particular cuando, prologado por VAZQUEZ HUMASQUÉ (quien sería Director General del Instituto de Reforma Agraria) señala en dicho Prólogo (recuérdese, en los primeros meses de aplicación de la Ley): “*la Ley de Reforma Agraria, verdadero Código rural de España, el cual esta llamado, en su aplicación, a producir una definitiva transformación en la economía agrícola, que es lo mismo que decir en la economía total de la Nación*”.

18. Según CARRIÓN (Op. Cit. Pp. 115) se trataba de evitar que hubieran dividido sus fincas los propietarios afectados, no habiendo sido comprendidos en la reforma.

La ejecución de la Ley se encomendó el IRA (Instituto de Reforma Agraria), al que se le atribuyó personalidad jurídica y autonomía económica para el cumplimiento de sus fines (estableciéndose medios de financiación no inferiores a 50 millones al año, junto a otros derechos de crédito contra el Estado).

El IRA se encargaría de constituir –muchas de ellas en territorio andaluz– Comunidades de campesinos, siendo el ingreso y separación de los mismos completamente voluntario. Una vez posesionados de las tierras los campesinos, decidirán estos la forma individual o colectiva de su explotación. La Comunidad regulará la utilización de las casas y demás edificaciones que existieren en fincas ocupadas, así como las reparaciones y mejoras de las mismas. Del mismo modo se establecía la creación de Cooperativas en las Comunidades de campesinos (con la finalidad de adquirir maquinaria, abonos, semillas, etc...).

Bajo la jurisdicción del IRA se crearían las Juntas Provinciales Agrarias integradas por un presidente y representantes de los obreros campesinos y propietarios en igual número, añadiéndose a ellas otros representantes institucionales (Inspector Provincial de Higiene Pecuaria, Jefes Provinciales de los Servicios Agronómico y Forestal). Tales Juntas eran las encargadas de formar el censo de campesinos a asentar en cada término municipal, fijando el cupo correspondiente y la posterior ocupación de las tierras objeto de asentamiento.

Respecto a las tierras objeto de expropiación se establecían diversas clases (ofrecidas voluntariamente por sus dueños, aquellas sobre las que el Estado habría realizado el retracto que la Ley le otorgaba sobre las compraventas, las propias del Estado, las adquiridas con fines especulativos, las que constituían señoríos jurisdiccionales, las incultas o manifiestamente mal cultivadas, las que debiendo ser regadas no lo hayan sido aún y –entre otras– las que excedan de ciertas superficies en seco o regadío).

Se contienen luego una serie de normas para la expropiación (en caso de señoríos jurisdiccionales, reglas de capitalización, tipos, abono de mejoras, pago de las expropiaciones y deducciones) y la realización de un inventario de bienes expropiables.

La Ley de 1932, para cumplir su objeto, determinó la expropiación de la tierra (y en la práctica, la pura confiscación en otros casos) y fijó los casos en que debía hacerse. Pero las tierras, expropiadas y distribuidas, no se adjudicaban en propiedad a los campesinos, sino que estos eran “*asentados*” en ellas.

Tampoco podían ser “*asentados*” los campesinos de toda España sino los de los términos municipales de las provincias de Andalucía (punta de lanza de toda la acción reformista), Extremadura, Ciudad Real, Toledo, Albacete y Salamanca, es decir, las provincias latifundistas por excelencia. Esto por lo que se refiere a las tierras expropiadas porque respecto a las del Estado y a las que constituyeran los antiguos señoríos, podían ser objeto de asentamiento en cualquier provincia en que radicasen.

La noción del “*asentamiento*”, a decir de RODRIGUEZ ARANDA¹⁹, era nueva en el Derecho Agrario y su naturaleza no estaba clara en la Ley de 1932. Aunque el concepto fuera extraño a la dogmática de las instituciones jurídicas agrarias manejadas a la sazón, lo cierto es que el pensa-

19. RODRIGUEZ ARANDA, Op. Cit. Pp. 84.

miento de quienes estuvieron en la gestación y alumbramiento de la Reforma Agraria republicana no deja lugar a dudas.

CARRIÓN²⁰, en una publicación coetánea a la preparación de la Ley de 1932 señala lo que sigue:

“Pero se argüirá: ¿A los colonos no se les debe conceder la propiedad de la tierra? Efectivamente, no se les debe conceder, porque no les hace falta. Para cultivar la tierra debidamente y mejorarla no es necesaria ni conveniente la propiedad.

...Desgraciadamente, la propiedad del suelo, como tantos otros privilegios, dura poco en manos de las personas humildes. Ésta es la causa de los fracasos que han tenido la mayor parte de los repartos de tierras cuando ellas han sido de buena calidad”.

Configurada sobre tan peculiar institución la Reforma Agraria, las opiniones jurídicas sobre la misma no podían dejar de ser contradictorias: en la defensa que en el Parlamento hizo FECED del proyecto de ley dijo que se trataba de un acto administrativo, y dentro del mismo, de una concesión administrativa, diferenciada de las demás concesiones en que no se concede al asentado la libertad de disposición de los bienes.

ALEJO LEAL entendía que el asentamiento de colonos constituía una etapa intermedia entre la situación del bracero y la del propietario. En similar forma lo entendía LEAL RAMOS, para quien tal instituto suponía el primer grado de la actuación autónoma del campesino, tránsito para otras etapas de mayor perseverancia de la tierra. SANCHEZ ROMÁN²² lo consideró una modalidad del precario.

Otros, como ALFONSO MADRID²³ mantuvieron que no se trataba ni de una concesión, ni un arrendamiento, ni de un censo enfiteútico, constituyendo un derecho real a favor del campesino que, como contrato bilateral y oneroso, podía consistir en la posesión dada por renta fija de una finca para su cultivo y disfrute.

CAMPUZANO entiende el asentamiento como una figura a la que faltan las características del contrato de Derecho Privado, no pudiendo atribuírsele la condición de contrato administrativo en cuanto le falta la formalidad propia de estos, ya que no tiene por misión ejecutar un servicio público.

AZPEITIA²⁴ es de la opinión de que se somete al campesino a un tipo de enfiteusis, lo que otros (CAMPUZANO) niegan, por señalar que no consta un contrato entre particulares en la figura del asentamiento.

20. CARRION, P. Op. Cit. Pp. 52.

21. La parte del libro reeditado en 1972 corresponde a la 2ª edición del libro *“La reforma agraria. Problemas fundamentales”*, publicado en Madrid en junio de 1931, en el número 14 de “Estudios políticos, sociales y económicos”.

22. Debemos llamar la atención sobre la destacada figura ocupada por SANCHEZ ROMÁN en toda la ingeniería jurídica del proyecto de Ley. El testimonio de CARRION (Op. Cit. Pp. 115) así lo expresa. Catedrático de la Universidad de Madrid, fue presidente de la Comisión Técnica Agraria que impulsó la elaboración de la Ley de 1932, responsabilizándose más concretamente del examen de la situación de los latifundios y las medidas de acción para corregir el problema de acumulación de la tierra que representaban. MALEFAKIS (Op. Cit. Pp. 257) señala que los motores de la Comisión Técnica fueron efectivamente SANCHEZ ROMAN (como jurista), CARRION (como agrónomo) y FLORES DE LEMUS (como economista), todos ellos estrechamente vinculados al movimiento a favor de la reforma anterior a la República.

23. MADRID, A. “Constitución agraria de España”. Madrid, 1933. Pp. 331 ss.

24. AZPEITIA, M. “La Reforma Agraria en España”. Madrid, 1932. Pp. 8.

La perspectiva de los años y los acontecimientos no impide un pronunciamiento sobre el particular más de 70 años después, a la vista de la elevada relevancia que todo ello tiene desde la perspectiva de articulación del territorio rural. Alejando la figura del asentamiento del ámbito de los negocios de Derecho Privado —debido a la intensidad y fuerza de la presencia del Derecho Público en la creación de la figura, que solo a él se debe— sólo dentro del ámbito de las figuras del Derecho Administrativo cabe ubicar una relación jurídica de supremacía especial como la que se constituye entre campesinos asentados y el Estado (que son las dos partes de la relación).

Yendo más allá del simple acto administrativo (que haría descansar la relación jurídica que se crea en la mera declaración de voluntad del Estado, cuando es consustancial a la misma el consentimiento y la conformidad del campesino en recibir la tierra y cultivarla en la forma que el Estado prevenga, so pena de perderla) nos hallamos dentro del género de los negocios jurídicos públicos bilaterales (los contratos administrativos) y, dentro de tal género, en la especie concesional. El asentamiento así entendido y en la forma apreciada en la primera fase de la Ley de Reforma Agraria es en realidad una concesión administrativa de tierras públicas (recuérdese, nunca hace suyas las mismas el campesino), sometidas a ciertas condiciones de cultivo eficiente a favor de ciertas personas cualificadas por su condición de campesinos desfavorecidos²⁵, las cuales constituyen el titulado concesional con arreglo al cual se desenvuelve la relación —de puro derecho público— que subyace.

Y así se desenvuelve inicialmente dicha relación con independencia de que, llegados ciertos supuestos y a la luz de ciertas situaciones, se pudiera pasar a otro estadio que —ese sí, pero no el puro asentamiento— estaría más cercano a la noción de propiedad (otorgada públicamente, previo cumplimiento de ciertas condiciones).

En definitiva, la cuestión del asentamiento (como ahora se verá) contenía —más allá de la pura discusión jurídica— el germen de la destrucción de toda la Reforma Agraria, puesto que en realidad evidenciaba una falta de convencimiento del Gobierno en el destino que habrían de dar los campesinos a las tierras de asentamiento si se les entregaban en propiedad. Simultáneamente, los campesinos se veían frustrados con estos tecnicismos jurídicos, en los que (más allá de las doctrinas en que se sustentaran) solo percibían que no estaban recibiendo la anhelada redistribución de la propiedad en la que confiaban²⁶. Tampoco el desarrollo de los acontecimientos acompañó la situación, puesto que a finales de 1934, el número total

25. La reflexión anterior ilustra sobre un clásico problema del mundo del Derecho Agrario al que debe responderse desde una nueva visión: entendida tradicionalmente la perspectiva jurídica de la agricultura desde un prisma predominante o mayoritariamente privatista, todas las relaciones jurídicas que afectan a este segmento de la economía tratan de ser explicadas desde tal enfoque de Derecho Privado. Forzada la intelección de las cosas por el punto de vista adoptado en su disección jurídica, se buscan similitudes o cercanías donde no las hay (aplicados al caso actual del asentamiento, se habla de arrendamientos, precarios, enfiteusis, etc...) cuando en realidad lo que hay es una pura y simple institución jurídica pública: una concesión.

26. Junto a la perspectiva técnico-agronómica de CARRION, existen interesantes testimonios personalizados sobre la aplicación práctica de la Reforma Agraria en diversos municipios. Particular interés tiene el libro de SIGLER SILVERA, F. "La Reforma Agraria en Espera" (Ed. Tréveris, Cádiz, 2000) donde se describe la realidad práctica de lo que constituyó la primera experiencia andaluza de reforma agraria (en el pueblo gaditano de Espera, una zona marcadamente latifundista), igualmente una de las primeras de toda España, a través de una sociedad campesina autónoma denominada "Espera Obrera". De su trascendencia ilustra el hecho de que VAZQUEZ HUMASQUÉ, Director General del IRA, acudió personalmente a Espera en enero de 1933 para subrayar con su presencia el interés del Ministerio de Agricultura del radical-socialista DOMINGO en la experiencia reformista del citado pueblo. Desde luego la situación objetiva del pueblo era inobjetable para una acción como la que se inició: de un total de 11.683 hectáreas de término municipal, entre 10 propietarios lo eran de 8.004 de tales hectáreas (el 68,50 % del total).

de asentados era muy bajo (12.260) en relación a lo que se pretendía en dicha fecha (mínimo 150.000), habiéndose actuado solo sobre 116.837 Hectáreas (contando fincas expropiadas y ocupadas)²⁷.

El clamor levantado por el hecho de que la Ley de Reforma Agraria de 1932 no estableciera un régimen que atribuyera al asentado un derecho de propiedad sobre su parcela más o menos inmediato dio lugar a la revisión de la Ley por la de 7 de agosto de 1935.

Como contenido esencial de esta nueva norma (bajo un Gobierno de signo opuesto al que dio a luz la primera Reforma Agraria de 1932) se encuentra el hecho de que –ahora sí– el Instituto de Reforma Agraria atribuía la propiedad de la tierra a los asentados que durante el período de seis años hubieran demostrado capacidad para el cultivo. Opcionalmente, podían conservarla a censo reservativo, redimible en cualquier tiempo. El precio de venta y las condiciones deberían ser fijados por el Instituto y las parcelas serían indivisibles, inembargables, inalienables e inacumulables.

La victoria del Frente Popular en las elecciones de febrero de 1936 conducen a un Gobierno completamente favorable a las aspiraciones de los campesinos, restableciéndose (mediante Decreto de 3 de marzo de 1936) el régimen de intensificación de cultivos de 1932. El 19 de junio de 1936 las Cortes repusieron en su plenitud la Ley de Reforma Agraria de 1932, pero radicalizándola.

Intensificada y espoleada la Reforma Agraria –por supuesto solo en el área republicana– con el comienzo de la Guerra Civil el 18 de julio de 1936, se decretan el 16 de agosto de 1936 los derechos de acceso a la propiedad de los arrendatarios y aparceros que lleven por sí o por sus descendientes una finca rústica ininterrumpidamente durante más de 6 años. En medio de los estertores de la Guerra Civil, el 7 de octubre de 1936 el ministro de Agricultura promulgó el más atrevido de los Decretos de la Reforma Agraria: se expropiaban sin indemnización (lo que en suma era una pura confiscación) a favor del Estado las fincas rústicas pertenecientes a personas que hubieran intervenido directa o indirectamente en el movimiento contra la República.

Pero acontecimientos de índole no agraria pusieron fin a la experiencia de la Reforma Agraria republicana (que tan significadamente eligió Andalucía para ser su principal caldo de cultivo), siendo finalmente anuladas todas las expropiaciones e incautaciones realizadas durante la Guerra Civil. Y dieron paso a una nueva ordenación jurídica de la agricultura que seguimos estudiando en el siguiente epígrafe.

4. POLÍTICA DE TIERRAS JUNTO A POLÍTICA DE ABASTECIMIENTOS: EL INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACIÓN, COMPLEMENTO TERRITORIAL DEL SERVICIO NACIONAL DEL TRIGO.

Como señala LOPEZ RAMÓN²⁸ desde un punto de vista agrícola, los años 40 se guiaron por el objetivo de evitar el hambre, por lo que el conjunto de intervenciones pública sobre la agricultura se orientaron inicialmente hacia el control de los precios y los mercados, configurando una serie de técnicas de actuación y estructuras organizativas que, en parte, han llegado hasta hoy.

27. CARRION Op. Cit. Pp. 129.

28. Voz "Agricultura" en "Derecho Administrativo Agrario", Editorial La Ley, Tomo II, Madrid, 1988

Escribía RUBIO GONZÁLEZ²⁹ que en España el trigo es un alimento constante, porque el hombre español siempre se alimentó de trigo pudiendo apreciarse las artes locales por componer alimentos a base de harina y siendo de comprender la “*histórica, epidémica y a veces endémica <hambre española> si se considera que España ha sido y es de insuficiente producción cerealística*” siendo nuestro clima y el desorden pluvioso –más escaso que abundante- las principales causas de la escasez. Todo ello ha contribuido a que el trigo fuera siempre –y especialmente en la época a la que se ciñen estas líneas– un producto político, resultando imprescindible una actividad estatal tendente a estimular su producción, su almacenamiento y distribución a la población. Y un producto político de muy elevada transcendencia en la ordenación territorial.

En 1937 surge el Servicio Nacional del Trigo a través del Decreto Ley de 23 de agosto de 1937 de Ordenación Triguera. No hay que abundar sobre el fuerte acento que el contexto de guerra civil impone a las decisiones en materia de ordenación cerealística, siendo muy destacable el hecho de que fuera éste prácticamente el primer producto cuya intervención se decretó desde los poderes públicos del momento.

Creando dicha norma como principal virtualidad el Servicio Nacional del Trigo (como órgano dependiente de la Comisión de Agricultura y Trabajo Agrícola de la entonces Junta Técnica de Estado, de cuya provisionalidad daba cuenta el hecho de que pasaría a depender del “*Departamento que en su día se constituya*”) se subordinaba la iniciativa del agricultor –en cuanto a la extensión de la zona a cultivar de trigo– y la disposición del tenedor de trigo –debiendo declarar de continuo sus existencias– al interés nacional.

Se ordenaba la compra obligatoria a través de las Juntas Comarcales del Servicio Nacional del Trigo, teniendo este la exclusiva de venta a los industriales harineros, quienes solo podrían adquirirlo del citado órgano administrativo y a los precios oficialmente aprobados. Solo el Gobierno podría ordenar las importaciones o exportaciones –en su caso-, distribuyendo las cantidades por provincias.

La organización del Servicio Nacional del Trigo (Delegado Nacional –como Director–, Secretario General, Inspectores nacionales y Delegados por provincias) representaba una relevante estructura de intervención administrativa, con una elevada penetración territorial. La dotación personal se complementaba funcionalmente con la declaración de utilidad pública de la ocupación de terrenos y locales para la instalación de almacenes y servicios que se pudieran requerir por el Servicio, realizando al efecto las expropiaciones que fueran necesarias.

Mediante un Reglamento provisional de 6 de octubre de 1937 se detallan las funciones del Servicio Nacional del Trigo; se profundiza en la organización administrativa (con detallada mención de las competencias del Delegado Nacional, Secretario General y las Secciones Centrales en que se viene a dividir el Servicio Nacional, los Asesores Técnicos Agrónomos –del Cuerpo Nacional de Ingenieros Agrónomos–, los colaboradores técnicos de cerealicultura, Jefaturas Provinciales, Jefaturas Comarcales, Vocales trigueros comarcales, jefes de almacén y personal de oficinas y administrativo en general); se dictan relevantes normas de ordenación del cultivo; se ordenan las importaciones y exportaciones; se fijan los precios del trigo y los de la harina de pan; se regulan las compras y ventas por el Servicio Nacional del Trigo; se señalan las normas del comercio libre de trigo; se detallan las obligaciones de los harineros y demás compradores del trigo; se establecen las características de

29. RUBIO GONZÁLEZ, J, “Leyes Agrarias”. Ediciones Giner, Madrid, 1961.

los almacenes del Servicio Nacional; se contienen prohibiciones sobre los molinos maquileros y, finalmente, se completa la ordenación con un amplio elenco de sanciones.

Complementan la regulación reglamentaria el señalamiento del régimen económico del Servicio Nacional del Trigo y la Organización Sindical Triguera, junto a un grupo complementario de disposiciones especiales y finales.

El grado de detalle y exhaustividad de la regulación es tan extenso que durante una buena parte de años no existió ninguna modificación sustancial de la regulación citada, sólo complementada puntualmente mediante algunas normas de rango secundario (como el señalamiento mediante Orden Ministerial de la reserva de trigo para siembra, alimentación y piensos³⁰) o derivadas de la reglamentación indicada (así la fijación del modo de cultivar en terrenos que fueran algodinales³¹), junto a la ratificación de convenios internacionales sobre la materia que vinieron a complementar (nunca a alterar) la sistemática jurídica interna³².

Anualmente se producía disposiciones de carácter complementario y estacional que atendían a las concretas peculiaridades de las campañas trigueras: fijando su inicio y fin; conteniendo normas para los cereales panificables, las leguminosas y otros cereales de consumo humano, los piensos y subproductos de molinería; estableciendo precios; regulando semillas; ordenando las industrias molturadoras y señalando, en fin, un conjunto de prescripciones periódicas adecuadas al momento triguero³³.

Una de las actuaciones administrativas agrarias de mayor calado en la historia reciente de nuestro país, directamente vinculada a la ordenación triguera, fue el surgimiento de la Red Nacional de Silos del Servicio Nacional del Trigo. Puede que sea una de las medidas de política urbanística (de índole agraria) más patente y configuradora de la estética ordenadora de gran parte de los pueblos de este país. Y por supuesto de Andalucía.

En efecto, mediante Decreto de 12 de julio de 1946 (que desarrollaba las prescripciones del Decreto Ley de Ordenación Triguera de 1937 en lo que a dotar del carácter de utilidad pública la actuación) se encomienda al Servicio Nacional del Trigo el estudio, construcción y explotación de la Red Nacional de Silos (en sus diferentes versiones: silos de recepción en las zonas productoras; silos de tránsito en los nudos de comunicación y puertos; silos de reserva, orientados al consumo humano y, finalmente, silos de almacenaje y conservación de semillas seleccionadas para la siembra).

Mediante sucesivos planes complementarios de instalación de silos³⁴ se dio paso a una extensísima red de típicas y perfectamente reconocibles construcciones agrícolas que permitieron añadir no sólo

30. Puede verse entre otras la Orden de 19 de julio de 1943.

31. Orden de 10 de enero de 1957.

32. Destaca en este sentido el Convenio internacional sobre el trigo, de 24 de abril de 1959, ratificado por España el 17 de noviembre de 1959, en una época algo diferente a la que contempló el nacimiento del Servicio Nacional del Trigo.

33. Puede examinarse, entre otras muchas similares, el Decreto de 31 de mayo de 1961 que regula la campaña de cereales 1961-1962 y donde seguía siendo el Servicio Nacional del Trigo el regulador completo del orden triguero, 25 años después de su creación. Complementariamente al mismo se producían luego disposiciones de aplicación y desarrollo que emanaban —para el caso referido del Decreto de 31 de mayo de 1961— de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes.

34. Por ejemplo puede examinarse el Decreto de 15 de febrero de 1952 por el que se aprueba el plan complementario de silos y graneros.

una peculiaridad paisajística acusada a los pueblos en que se establecían sino, sobre todo, marcar una avanzada ordenación del consumo del más extendido de los productos agrarios de la época.

El Servicio Nacional de Reforma Social de la Tierra, creado en 1938³⁵ en plena guerra civil y su continuador el Servicio de Recuperación Agrícola en el que se integra el anterior, (ambos de muy limitada actividad en el tiempo, al desaparecer con prontitud una vez cumplida su tarea), tuvieron como finalidad principal liquidar los restos de la época precedente, limitándose a devolver a sus propietarios las fincas intervenidas por la reforma agraria republicana³⁶, constituyendo lo que algunos como DEL ARCO BLANCO han llamado la “*contrarrevolución agraria*”.

Tras la guerra civil nace mediante Decreto de 18 de octubre de 1939 el Instituto Nacional de Colonización, sucesor aunque no continuador del extinto Instituto de Reforma Agraria republicano y de la Dirección General de Reforma Económica y Social de la tierra. Se constituye como organismo autónomo dirigido por el Director General de Colonización y asistido por diversos órganos técnico-agronómicos –entre los que destaca el Consejo Nacional de Colonización– y 5 grandes secciones iniciales: Formación de Colonos, Preparación de Suelo e Ingeniería Rural, Explotación, Embellecimiento de la Vida Rural y Sección de Colonos y Asistencia Social³⁷.

La Ley de 26 de diciembre de 1939 de Bases para la Colonización de Grandes Zonas constituye el primer instrumento del INC para acometer la nueva colonización. Pero tal colonización era diferente según los lugares: así señala RUBIO GONZÁLEZ³⁸ en 1961 que *“la mitad sur de España necesita de una reforma agraria parceladota del latifundio u organizadora de Cooperativas de la gran explotación agraria. Para las dos finalidades se precisa de grandes recursos económicos. También se precisa dinero para concentrar los minifundios, pero es más urgente la transformación del latifundio, por dos razones primarias: el aspecto psicológico de suprimir la escandalosa acumulación de tierra en un titular; otra, evitar el absentismo agrario”*.

La colonización se llevará a cabo en las zonas denominadas de “*alto interés nacional*” entendiéndose preferentemente por tales las zonas de secano, las grandes zonas regables y las marismas o terrenos defendidos o saneados de gran superficie. La declaración de interés nacional se aprobará en Consejo de Ministros a instancia del de Agricultura, que actuará por propia iniciativa o a instancias de los interesados (propietarios, asociaciones u otros). Si la colonización exige obras públicas, se incluirá en el procedimiento al ministro del ramo. Una vez definida y declarada la zona le corresponderán los beneficios jurídicos y económicos de la Ley.

La figura de las “*Sociedades de Colonización*” y las “*Asociaciones de Sustitución*” destacan como sujetos relevantes de la actividad conectada al Instituto, resultando a través de ellas la colaboración privada (pese a estar sustancialmente intervenida por el INC) necesaria para la ejecución de la política pública colonizadora. Si no se produce la necesaria colaboración privada, el INC queda dotado del instrumento de la potestad expropiatoria para acometer la intervención prevista.

35. Decreto de 22 de febrero de 1938.

36. DEL ARCO BLANCO, M.A. “Las alas del ave Fénix. La política agraria del primer franquismo (1936-1959)”. Editorial Comares, Granada, 2005.

37. Sección incorporada mediante Decreto de 25 de enero de 1946.

38. Op. Cit. Pp. 297.

Mediante tales mecanismos y a través de tales entidades se articula el “*Proyecto General de Colonización*” mediante el que se ordena toda intervención de una zona de alto interés nacional para el INC. Las primeras grandes actuaciones del INC se verificaron en la cuenca del Ebro y en el Guadalquivir, aunque no tuvieron una gran trascendencia práctica dada la innumerable serie de obstáculos (sociales y económicos) que comportaban las actuaciones, resultando que la expropiación no fue el método más empleado (lo que dificultó y retrasó en exceso la puesta en marcha de todo el sistema).

Ante las escasas consecuencias prácticas de la primera ordenación legislativa, se producen diversas adaptaciones y ajustes en la misma, dictándose primero la Ley de 25 de noviembre de 1940 de Colonizaciones de Interés Local, que adapta diversos extremos del sistema general colonizador al caso concreto de la Administración Local, lo que vino a constituir en realidad una línea de ayudas a la ejecución de mejoras en el campo mediante la potenciación del abastecimiento de agua a poblaciones, creación de pequeños regadíos, huertas familiares y construcción de viviendas³⁹. Dicha Ley sería objeto de diversas modificaciones legales posteriores, entre ellas las de la Ley de 27 de abril de 1946 sobre colonizaciones de interés local y la de 30 de marzo de 1954.

Por otro lado la actividad colonizadora también se ajustaría mediante la Ley de 27 de abril de 1946 sobre expropiación de fincas rústicas por causa de interés social, la cual vino a cubrir uno de los principales problemas de la primera época del INC, cual era el de que las expropiaciones fueron escasas, complejas y, además, debían ser abonadas en dinero, resultando de todo ello una escasa incidencia sobre la propiedad privada afectada por los planes colonizadores. Interesa destacar como se enfatizó el extremo de la “*causa de interés social*” como motivo expropiatorio, lo que no deja de recordar la mención que luego (poco menos de diez años después) figuraría en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

Con posterioridad se dictan la Ley de 21 de abril de 1949 sobre Colonización y Distribución de la propiedad de las Zonas Regables, complementada particularmente con otras actuaciones específicas como la Ley de 15 de julio de 1952 sobre explotaciones familiares y calificadas o la Ley de 15 de julio de 1952 sobre patrimonios familiares, que constituyen aplicaciones sectoriales del gran proyecto colonizador, claro emblema del nuevo régimen jurídico del general Franco.

Simultáneamente y por lo que respecta a la orientación colonizadora más general queda esta reforzada a gran escala —muy especialmente a partir de la llegada al Ministerio de Agricultura de Rafael Cavestany en 1951— centrándose sobre todo en la transformación del secano en regadío, dando pie a las reformas del INC mediante leyes de 8 de abril de 1952 y 22 de diciembre de 1955.

En definitiva, tras unos comienzos balbuceantes y con una orientación técnica muy condicionada por constituir la respuesta política adversa a la reforma agraria republicana, la política colonizadora se diversifica y refuerza durante los años 40 y encuentra su orientación más exitosa en el período que se inicia con los años 50 (llamada por algunos la edad de oro del INC), llegando hasta la transformación jurídica de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (de la que se hablará más adelante). Lo que quiso ser inicialmente una alternativa política a la reforma agraria (lo que nunca pudo conseguir) encontró su justificación más auténtica cuando renunció a ese antiguo traje y se orientó resueltamente —y de un modo singularmente exitoso— hacia la transformación del secado en regadío como modo de tecnificar y potenciar la agricultura, sin necesidad de afectar la base jurídica de la propiedad.

39. BARCIELA, C. “La colonización agraria en España, 1939-1951”, citado por PÉREZ PICAZO, M.T. en “Agua y modo de producción”. Editorial Crítica, Barcelona, 1990. Pp. 111-112.

5. EL PROCESO DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA Y SU APLICACIÓN EN ANDALUCÍA.

Como señalara RUBIO GONZÁLEZ⁴⁰, la concentración parcelaria es una parte de la reforma agraria española, aunque creemos que constituye más bien la obligada respuesta final del Derecho Público (por supuesto agrario) a una errónea política sucesoria de Derecho Privado, en la que (desde el propio Código Civil español, apenas un siglo anterior a la concentración parcelaria) se ha ido acentuando y primando una forma de división y transmisión de la propiedad que sólo a su desmembración y minusvaloración ha podido conducir. Por supuesto que tal afirmación es especialmente válida para Andalucía, al no existir un derecho foral o especial que impida o alivie tal orientación de derecho civil común.

Como señalara CAVESTANY (a la sazón responsable del Ministerio de Agricultura) ante el pleno de las Cortes el 18 de diciembre de 1952 *“el gran problema del campo, el más agobiante, el más urgente, el que nos abruma con su presencia acuciante, el que se había ido planteando, a través de más de un siglo, detrás de la nube de humo de los falsos problemas ... es el de la difusión parcelaria en el campo español”*.

Destacan algunos autores (DEL ARCO BLANCO⁴¹) como los intentos de concentración parcelaria no eran nuevos en España ni en Europa, existiendo experiencias respaldadas por un amplio número de países con un largo pasado agrario y un alto nivel de desarrollo. Pero nada puede ocultar que, tras el fracaso de la experiencia de la reforma agraria republicana (bien que dirigida prioritariamente hacia los latifundios, igualmente atenta al fenómeno de la atomización fundista, que esperaba acometer en una etapa posterior que nunca llegó) el campo acumulaba varias generaciones posteriores a la institucionalización sucesoria como derecho común producida en 1889 con el Código Civil, lo cual –unido a una política demográfica de elevado número de hijos por familia agraria, en la medida en que todo eran brazos para el campo– no podía conducir sino al puro esquilmamiento de las superficies útiles para la labor agrícola.

El 20 de diciembre de 1952 se promulga la Ley de Concentración Parcelaria disponiendo que fuera acometida por razones de utilidad pública. La finalidad se vinculaba a la meta agrícola del momento: el aumento de la productividad agrícola mediante una mejor utilización económica de las fincas. Ello debía conducir directamente a la elevación del nivel de vida de los agricultores.

Una primera consecuencia directa de la concentración parcelaria fue la fijación de unidades mínimas de cultivo mediante Ley de 15 de julio de 1954 (desarrollado mediante Decreto de 25 de marzo de 1955, señalando la extensión de las unidades mínimas de cultivo para cada provincia española, el cual ha sido muy de utilidad –con independencia de su aplicación directa, subsidiaria o mediante reenvío autonómico– hasta el momento actual). El mandato a los notarios y registradores que se contienen en su artículo 5º obliga a hacer constancia jurídica de lo que desde ese momento se regula como finca inferior o superior a la unidad mínima de cultivo, límite de la razonabilidad cultivable en cada zona.

El Texto Refundido de la legislación de concentración parcelaria se publicó mediante Decreto de 10 de agosto de 1955 consignando que el procedimiento de concentración estaría precedido de

40. RUBIO GONZÁLEZ, J. Op. Cit. Tomo I, Pp. 372 .

41. DEL ARCO BLANCO, M.A. Op. Cit. Pp. 262.

Decreto acordado en Consejo de Ministros acordándola por razones de utilidad pública, siendo obligatorio para todos los propietarios de fincas afectadas y para los titulares de derechos reales y situaciones jurídicas sobre las fincas.

Se señalan luego los órganos encargados de la compleja operación (donde destacan la Comisión Central de Concentración Parcelaria, el Servicio de Concentración Parcelaria y las Comisiones Locales), el procedimiento de actuación⁴² (distinguiendo como fases sucesivas las de iniciación, decreto de concentración, ocupaciones y expropiaciones, perímetro de la zona, bases de la concentración, determinación de la unidad mínima de cultivo, anteproyecto y proyectos, fijando luego normas de titulación y procedimientos especiales y normas complementarias, junto a un amplio mecanismo de recursos y mecanismos de notificación), la inscripción (lo que obliga a un delicado y muy complejo sistema de coordinación con el Registro de la Propiedad), el régimen económico, normas de conservación de la concentración parcelaria y otras disposiciones finales y transitorias.

El Servicio de Concentración Parcelaria, responsable máximo de la tarea, sería reformado en 1964 pasando a denominarse Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural. La Ley de 21 de julio de 1971 lo refundió junto al Instituto Nacional de Colonización en el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA).

6. LA LEY DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO Y LA LABOR DEL IRYDA.

La Ley 35/1971, de 21 de julio, por la que se creó el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario constituyó el fundamento legal último de la última etapa de reformismo agrario del General Franco.

Actuando con base en la disposición adicional 4ª de la Ley, el Gobierno dictó luego⁴³ el Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el Texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, la cual viene a refundir nada menos que 17 normas legales, las cuales representan todo un compendio del Derecho Público de la Agricultura de una época que concluía.

El afán sistemático y recopilador que perseguía la norma constituyó una de las mayores garantías de su pervivencia (parcial) posterior, en la medida en que la diversidad de cuestiones abordadas (colonización, explotaciones ejemplares, patrimonios familiares, anticipos reintegrables, unidades mínimas de cultivo, expropiaciones por traslado de poblaciones, conservación de suelos agrícolas, permuta de fincas rústicas, zonas regables, ordenación rural, concentración parcelaria etc...) ha forzado a sucesivas derogaciones parciales y puntuales, restando siempre contenidos subsistentes.

La creación de IRYDA conlleva la dotación de funciones, competencias y medios económicos que antes correspondían al Instituto Nacional de Colonización y al Servicio Nacional de Concentración Parcelaria (que fueron suprimidos). Dotado de un único cuerpo legal (como aproximación a lo que sería un Código Agrario⁴⁴ que viniera a recoger todas las disposiciones legales vigentes en materia

42. Con carácter previo se había publicado la Orden de 22 de noviembre de 1954 fijando el procedimiento a seguir. Dicha norma fue respetada por el Decreto de 10 de agosto de 1955 en cuanto no se hubiera modificado el procedimiento en dicha norma legal.

43. El plazo inicial de un año se prorrogó mediante el Decreto-Ley 6/1972, de 21 de julio.

44. SANZ JARQUE, J.J. "Derecho Agrario". Ed. Fundación March, Madrid, 1975.

de intervención administrativa de la agricultura), el fundamento de la Ley reside en la necesidad de facilitar y hacer efectivos la reforma y el desarrollo agrarios del país, salvando las deficiencias que presentaba el estado de la tierra y la empresa agraria, cuyos procesos de readaptación y concentración son mucho más complejos que lo pudieran ser en el pasado.

En un examen somero, podemos apreciar que esta trascendental norma viene constituida por 292 artículos agrupados en un Título Preliminar y cuatro Libros, pudiendo agrupar sus contenidos (de acuerdo con SANZ JARQUE, al que seguiremos en su examen) en cinco grandes materias.

La primera de ellas sería el contenido legal de la función social y la funcionalidad de la tierra. Según tales preceptos el suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional. Ello obliga a diversas cosas (por lo demás, muy directamente aplicables en el caso andaluz):

- a) La tierra debe ser explotada con criterios técnico-económicos apropiados según su destino agrario idóneo, o utilizada para otros fines atendiendo siempre al superior interés nacional.
- b) Las fincas de aprovechamiento agrario deben realizar las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la adecuada explotación de los recursos naturales disponibles de acuerdo con el nivel técnico y siempre que las inversiones sean rentables desde un punto de vista económico y social.
- c) La empresa agraria debe prestar el trabajo en condiciones adecuadas y dignas efectuando las inversiones necesarias de carácter social que sean proporcionadas a su dimensión, teniendo en cuenta la rentabilidad para la promoción de sus trabajadores.

En segundo lugar, las acciones del Estado en relación con la reforma y desarrollo agrario serán las siguientes:

- a) La transformación social y económica de las grandes zonas y de las comarcas que así lo precisen en beneficio de la comunidad nacional y la mejora del medio rural en orden a la elevación de las condiciones de vida de la población campesina.
- b) La creación, mejora y conservación de explotaciones agrarias de características socio-económicas adecuadas.
- c) El mejor aprovechamiento y conservación de los recursos naturales en aguas y tierras.
- d) Todas las demás funciones que en relación con el desarrollo rural y la reforma agraria se le encomienden.

En tercer lugar se establecen los organismos necesarios para la ejecución de la reforma y el desarrollo, donde toma carta de naturaleza el IRYDA, concebido como un organismo autónomo de la Administración del Estado adscrito al Ministerio de Agricultura.

Su Presidente es designado y cesado libremente por el Gobierno a propuesta del Ministro del ramo, siendo la cúspide de una pirámide organizativa que llegó a competir en competencias y atribuciones con la propia del Ministerio, estando integrada por Secretario General, Directores, Directores Ad-

juntos, Jefe del Parque de Maquinaria, Inspectores Regionales y Jefes Provinciales. Se crea también, como órgano colegiado, el Consejo de IRYDA, surgiendo también Juntas Provinciales, Comarcales y Locales.

Junto al IRYDA, pero muy por debajo de sus funciones y cometidos y en estrecha colaboración con él, se crean también el Jurado de Fincas Mejorables, las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria

Continuando el análisis de la Ley destacan, luego del análisis de los órganos encargados de la reforma, los modos de adquisición, redistribución y régimen de la tierra (que constituyen una refundición y avance de los mecanismos tradicionales de intervención administrativa en la propiedad agrícola).

Finalmente, se regulan un conjunto de acciones directas que puede emprender el IRYDA: obras y mejoras territoriales; grandes zonas de interés nacional, regadíos y marismas; ordenación de explotaciones; programas de explotación y desarrollo, agrupaciones agrarias y bienes municipales; comarcas mejorables y, finalmente, concentración parcelaria –procedimientos y nuevo régimen de la propiedad concentrada–. Como acciones indirectas destacan las actuaciones sobre fincas mejorables, las permutas forzosas, las explotaciones agrarias ejemplares y los auxilios técnicos y económicos a la agricultura. De su aplicación práctica en Andalucía dicen mucho los últimos epígonos de la actuación pública estatal en este territorio, justo a caballo entre lo que sería la última gran política del régimen anterior y el paso al nuevo sistema autonómico.

7. SOBRE LA ÚLTIMA HORA DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN ANDALUCÍA.

Las anteriores políticas de ordenación del territorio rural en Andalucía han sido los prolegómenos jurídicos sobre los se asienta la realidad fáctica sobre la que la Junta de Andalucía ha proyectado sus competencias desde hace algo más de 25 años.

Como se dijera más arriba, no es competencia de este artículo atender a cuales sean las líneas orientadoras del mismo en la actualidad, habida cuenta de que el análisis de sus políticas se encuentra fuera de examen en este punto, ciñéndose al ejercicio de las potestades autonómicas atribuidas por el Estatuto de Andalucía.

Sí resta por decir, finalmente, que no resulta un exceso señalar que muy pocas otras superficies rurales de España han estado –como Andalucía– tan en la mente del legislador del medio agrario a la hora de examinar, diseñar y poner en práctica sus ideas sobre cómo ordenar el territorio rural.

El último epígrafe de actualidad sobre la ordenación del territorio rural tiene que ver con la progresiva interdisciplinarietà a que está sujeto puesto que, a nivel de legislación general estatal, se contiene en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/74/CE y 2003/35/CE), en su artículo 18, cuando establece la obligada incentiación y garantía de la participación pública en la elaboración de normas relacionadas con el medio ambiente específicamente en lo que respecta, dice a la “ordenación del territorio rural y urbano y utilización de suelos”.

En definitiva, hay que constatar el transcurso en el último siglo de una sucesión de políticas generales de ámbito español -con singulares perfiles en el territorio andaluz- hasta una progresiva interrelación de niveles jurídicos de actuación (que llega, como queda visto en último lugar, hasta la instancia jurídica comunitaria) que han condicionado el territorio y los habitantes sobre los que actualmente ejerce sus competencias en materia de ordenación del territorio rural la Junta de Andalucía.

Breve valoración acerca de la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatal del Suelo de 14 de julio de 2006 y su posible incidencia sobre la LOUA (Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 17/2002 de 17 de diciembre).

Ignacio Albendea Solís
Abogado.

Director Departamento Administrativo y Urbanismo. Montero | Aramburu Abogados.

I.- Introducción. • II.- Antecedentes Legislativos. 1. Ley De 1990. 2. Texto Refundido De 1992. 3. Ley 6/1998 De 13 De Abril Sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. • III.- Antecedentes Jurisprudenciales. 1. STC 61/1997. 2. STC 164/2001. • IV.- La Distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La Descentralización del Urbanismo en las Comunidades Autónomas. • 1. Los Títulos Competenciales del Estado en Relación a la Propiedad Urbana y la Responsabilidad Patrimonial. 2. Competencias Reguladoras de las Comunidades Autónomas. 3. La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Estatal del Suelo de 14 de Julio de 2006. No es una Ley Urbanística. • V.- Las Implicaciones del Proyecto de Ley del Suelo sobre la LOUA. 1. Objeto Del Proyecto De Ley. Principios De Desarrollo Sostenible. 2. El Estatuto Básico del Ciudadano en Relación con el Suelo y con la Vivienda. 3. El Estatuto de la Actividad Urbanística. El Modelo de la LOUA. 4. Una Nueva Concepción de la Propiedad Urbana: su Estatuto Básico. • VI.- El Régimen Jurídico Básico del Suelo en el Proyecto de Ley Del Suelo. 1. Situaciones Básicas del Suelo. La Reserva Mínima para Vivienda Protegida. 2. Actuaciones de Transformación Urbanística. Deberes Legales Inherentes a esta Actividad. • VII.- El Nuevo Régimen de Valoraciones. • VIII.- El Régimen de Expropiación Forzosa y Responsabilidad Patrimonial y demás Títulos del Proyecto de Ley.

I.- INTRODUCCIÓN.

El Consejo de Ministros aprobó el pasado 14 de Julio de 2006 el Proyecto de Ley del Suelo con el fin de regular el marco idóneo en el que las Comunidades Autónomas hayan de ejercer sus propias competencias legislativas sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, no con simples retoques y correcciones (señala su Exposición de Motivos) si no con una renovación más profunda inspirada en los valores y principios constitucionales.

El mismo Proyecto de Ley, en su Exposición de Motivos, valora el momento en que se encuentra nuestro ordenamiento urbanístico así como los antecedentes legislativos y jurisprudenciales que le han servido de punto de partida, con decisiones del Tribunal Constitucional de gran calado y profundo efecto transformador que, con los años transcurridos y con esa mejor perspectiva, permiten vislumbrar el marco jurídico básico que compete definir al Estado y en el que tanto el legislador estatal como los legislativos autonómicos puedan moverse y producir normas.

De esta forma, pretendemos, a luz de esos antecedentes legislativos y jurisprudenciales, examinar el Proyecto de Ley a fin de valorar el grado de ajuste constitucional que tiene el texto así como sus principales novedades, para posteriormente contrastarlo con la LOUA (Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía- Ley 7/2002 de 17 de Diciembre) y sus posteriores modificaciones.

II.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

1.- La Ley 8/1990 de 25 de Julio de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

El Preámbulo de esta ley venía a justificar su promulgación en la situación del mercado del suelo y de la vivienda, argumento que se repite como motivo fundamental para modificar la legislación del suelo en todos los gobiernos y Administraciones Públicas, sin que hasta la fecha ninguna haya llegado a encontrar “la varita mágica” que impida el incremento extraordinario del precio de la vivienda.

Señalaba el legislador de 1990 que “el fuerte incremento del precio del suelo, que excede de cualquier límite razonable en muchos lugares, y su repercusión en los precios finales de la vivienda y, en general, en los costes de implantación, de actividades económicas, es hoy motivo de seria preocupación para los poderes públicos, que deben promover las condiciones necesarias para conseguir una utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”, estimando que el Texto Refundido sobre la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana 1346/1976 de 9 de Abril era claramente insuficiente.

Por otra parte, el legislador de 1990 ya era consciente que la distribución competencial que había articulado la Constitución de 1978 impedía que el Estado aprobara una ley del suelo similar a la entonces vigente, alumbrando así un “campo de actuación” estatal que venía limitado por la capacidad legislativa de las Comunidades Autónomas, por lo que se restringía muchísimo a condiciones generales, bases, principios, valores y normas básicas.

De acuerdo con ello, esta ley ya aporta un esquema aproximado de las normas urbanísticas sobre las que pues legislar el Estado, fundándose en un título competencial específico el del art. 149.1.1 de la C.E., que le impone el de determinar las condiciones básicas que aseguren la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, relacionando el art. 14 con el art. 33.2 de la misma C.E.

Este esquema se diseña mediante un procedimiento de adquisición gradual de las facultades de contenido urbanístico en la misma medida en que vaya aprobándose los instrumentos de planeamiento en grado de detalle u ordenación pormenorizada: derecho a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico, a edificar, y a la edificación.

La Ley crea la técnica del aprovechamiento tipo como técnica de redistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento, acoge normas sobre programación del planeamiento, un nuevo régimen de valoraciones, así como una serie de instrumentos de intervención en el mercado de suelo.

Esta Ley es derogada por el Texto Refundido sobre la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que pasamos seguidamente a examinar.

2.- El Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (R.D.L. 1/1992 de 26 de Junio).

El Texto Refundido obedecía a la autorización que la Disposición Final Segunda de la Ley 8/1990 contenía para su promulgación en el plazo de un (1) año, plazo que se prorrogó en la Ley de Presupuestos. Esta prórroga en una Ley de Presupuestos fue uno de los motivos de impugnación del Texto Refundido ante el Tribunal Constitucional que la validó sin mayor problema.

El carácter de Texto Refundido lo demostraba el hecho que la Exposición de Motivos de dicho texto es el Preámbulo de la Ley 8/1990 sin más adición ni modificación.

Evidentemente el Texto Refundido es muy distinto a la Ley 8/1990, tiene una vocación expansiva y omnicompreensiva de toda la materia urbanística, sin que lo salve, a juicio del Tribunal Constitucional, la técnica consistente en regular cada aspecto ya con carácter pleno, ya básico, o ya supletorio (art. 1).

La naturaleza integradora de este Texto se manifiesta en las materias que regulaba: el concepto de actividad urbanística, el régimen urbanístico de la propiedad del suelo, clasificación y calificación urbanística del suelo, régimen de valoraciones, instrumentos de planeamiento, áreas de reparto y aprovechamiento tipo, procedimiento para elaboración de los Planes y sus efectos, gestión urbanística o ejecución del planeamiento, régimen de expropiaciones y ventas forzosas, supuestos indemnizatorios, régimen de licencias y órdenes de ejecución y disciplina urbanística, y, por último, los instrumentos de intervención en el mercado del suelo e inscripciones en el Registro de la Propiedad y régimen de acciones y recursos.

Con este contenido el Texto Refundido fue recurrido ante el Tribunal Constitucional por varias Comunidades Autónomas por invasión por parte del Estado de competencias autonómicas, procedimiento de impugnación que culminó con la Sentencia del citado Tribunal 61/1997, a la que más adelante nos referiremos.

3.- La Ley 6/1998 de 13 de Abril sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

Esta ley fue aprobada para responder al vacío normativo que produjo la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 de 20 de Marzo anulando muchos de los preceptos del Texto Refundido 1/1992 de 26 de Junio.

En su Exposición de Motivos esta Ley, como reacción al efecto desterrador del ordenamiento jurídico que provocó la citada sentencia del máximo Tribunal sobre el Texto Refundido, vino a reconocer que el legislador estatal carece constitucionalmente de competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio en sentido propio, sin que pueda por sí solo afrontar la tarea indicada a la que sólo puede aportar una solución parcial con su indiscutible competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional, por lo que su obra reclama una continuación por parte de los legisladores autonómicos.

Conforme a lo anterior, los límites y confines en que se desenvuelve esta Ley en aras a responder al mandato constitucional del art. 149.1.1 C.E, incluyen la clasificación del suelo en tres tipos con un ánimo liberalizador, el régimen urbanístico de la propiedad del suelo regulando los derechos y deberes de sus propietarios, un nuevo régimen de valoraciones distinguiendo entre un valor inicial y un valor urbanístico, el régimen de expropiaciones urbanísticas, los supuestos indemnizatorios, y una serie de Disposiciones Adicionales y Transitorias.

Esta Ley fue igualmente recurrida en algunos de sus preceptos ante el Tribunal Constitucional por parte del Parlamento de Navarra, ochenta y cuatro diputados del grupo parlamentario socialista, Federal de Izquierda Unida y mixto, así como por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura. El Alto Tribunal convalidó en su gran mayoría el Texto y declaró únicamente inconstitucionales los artículos 16.1 y 18, y la Disposición Final única por cuanto hace referencia a éstos últimos.

Seguidamente procedemos a examinar las referidas Sentencias del Tribunal Constitucional.

III.- ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

1.- La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997.

Esta sentencia es uno de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que mayor efecto y alcance transformador ha tenido sobre un sector del ordenamiento, el del urbanismo, y sobre la que todavía perviven debates acerca de los perfiles y confines del marco regulador en el que cada Administración Territorial, la Central y las autonómicas, puede desenvolverse y ejercer sus propias competencias legislativas.

La sentencia declaró inconstitucionales total o parcialmente hasta 68 artículos, Tres Disposiciones Adicionales y cinco Disposiciones Transitorias del texto.

No pretendemos en esta breve valoración examinar la Sentencia antedicha sino únicamente fijarnos en el “campo de maniobras”, “marco constitucional” y “márgenes de actuación” que el Alto Tribunal define para cada uno de los Poderes legislativos, tanto estatal como autonómicos, en materia de urbanismo y ordenación del territorio de conformidad con sus respectivos títulos competenciales.

El Tribunal después de definir los principios constitucionales en que se fundamenta la política urbanística procede a señalar *“cómo el orden constitucional de distribución de competencias disecciona o fragmenta la materia en cuanto a su regulación, por cuanto junto a la atribución de la competencia urbanística a las Comunidades Autónomas, el art. 149.1 de la C.E. reconoce al Estado la competencia, también exclusiva, sobre las condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales o la legislación sobre expropiación forzosa, o el sistema de responsabilidad o el procedimiento administrativo común, siendo evidente que el ejercicio de estas competencias estatales puede afectar puntualmente a la materia urbanística”*.

Posteriormente, la Sentencia pasa a valorar los títulos competenciales de que goza el Estado para legislar sobre la materia urbanística de una manera parcial, o si se quiere oblicua o indirectamente, citando expresamente los artículos 149.1.1, 149.1.8 y art. 149.1.18 de la C.E. quedando así enmarcado el cuadro competencial en base al cual el Estado puede legislar sobre la materia urbanística. La interpretación que mantiene la sentencia sobre estos títulos competenciales la examinaremos seguidamente al valorar éstos aislada e individualmente.

2.- La sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001.

Esta sentencia del más Alto Tribunal se dicta a raíz de la interposición de sendos recursos de inconstitucionalidad promovidos respectivamente, por el Parlamento de Navarra, ochenta y cuatro diputados de los grupos parlamentarios Socialista, Federal de Izquierda Unida y Mixto, y el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, en relación con determinados preceptos de la Ley 6/1998, de 13 abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional consolida su doctrina general sobre distribución territorial de competencias en materia de urbanismo que instauró en la Sentencia 61/1997. No obstante, el Tribunal Constitucional dicta una Sentencia interpretativa en relación a los artículos 9, 11, 14.2 b), 15.1, 18.1, 18.2 y 18.3 de la Ley, en cuanto contienen las expresiones «planeamiento general», «planeamiento de desarrollo», «planes de ordenación territorial», «legislación sectorial», «planeamiento

sectorial», «sistemas generales» o «dotaciones públicas de carácter local» siempre que se interpreten de conformidad con lo expresado en los fundamentos jurídicos 14, 16, 21, 25, 29 y 30. Y únicamente declara la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 16.1 y 38 y de la Disposición Final Única en sus referencias a estos dos preceptos.

La doctrina general de esta sentencia, reiteración de la ya asentada en la Sentencia 61/1997, parte de una realidad legislativa bien distinta puesto que como señala el propio Tribunal, mientras que “*el TRLS de 1992 contenía numerosas normas propiamente urbanísticas (sobre planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanísticos) que calificaba de supletorias. Aquellas normas urbanísticas -pretendidamente supletorias- configuraban un contexto normativo en el que tomaban un sentido preciso las normas -no propiamente urbanísticas- sobre la propiedad urbana, expropiaciones y valoraciones. Bien distinto es el contexto normativo en el que cobran sentido los preceptos de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones (en adelante LRSV). En efecto, en nuestra STC 61/1997 negamos la competencia estatal, entre otras cuestiones, sobre el planeamiento urbanístico y sobre las concretas técnicas de equidistribución y ejecución urbanísticas; en línea con lo resuelto en aquella Sentencia, la LRSV no regula ya aquellas cuestiones. Así, cuando los preceptos de la LRSV hacen referencia a instrumentos o técnicas urbanísticos, se limitan a mencionar categorías no reguladas en cuanto a su contenido por la propia LRSV*”¹.

Posteriormente viene a delimitar claramente el marco de actuación del Estado y de cada Comunidad Autónoma. Y así la competencia legislativa sobre el urbanismo corresponde a las Comunidades Autónomas, mientras que el Estado únicamente posee competencias puntuales o residuales por la vía del mecanismo de reparto constitucional que deriva de cada uno de los títulos competenciales que le habiliten para ello, ya sea el art. 149.1.1, ya sea el art. 149.1.8, ya sea el art. 149.1.18. Y así el Tribunal Constitucional literalmente viene a manifestarse en estos términos: “*Al igual que hicimos en la STC 61/1997, F. 5, debemos recordar que las Comunidades Autónomas son titulares, en exclusiva, de las competencias sobre urbanismo. La competencia legislativa sobre urbanismo permite a las Comunidades Autónomas fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad, y servir-se para ello de las técnicas jurídicas que consideren más adecuadas. Una de esas técnicas jurídicas puede ser, entre otras, la definición o conformación de las facultades urbanísticas de la propiedad urbana. Ahora bien, también en la STC 61/1997, F. 5, dijimos que «la exclusividad competencial {de las Comunidades Autónomas} sobre urbanismo no autoriza a desconocer la competencia que, con el mismo carácter, viene reservada al Estado por virtud del art. 149.1 CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), tal como ha precisado la STC 56/1986, de 13 de mayo (RTC 1986, 56) (F. 3), referida al urbanismo, y la STC 149/1991, de 4 de julio (RTC 1991, 149) {F. 1.b}), relativa a ordenación del territorio. Procede, pues, afirmar que la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del art. 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material*”².

Visto el marco general en el que pueden ejercitar sus competencias cada uno de los poderes legislativos, debemos precisar aún más el contenido objetivo de esta competencia, es decir, sobre qué materias puede legislar el Estado y sobre qué materias concretas netamente urbanísticas pueden legislar las Comunidades Autónomas, lo que nos lleva indefectiblemente a examinar uno por uno cada título competencial del Estado y de las Comunidades Autónomas con el alcance que le haya conferido el Tribunal Constitucional.

-
1. Fto. Jco 3 de la STC 164/2001.
 2. Fto. Jco. 4 de la STC 164/2001.

IV.- LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA DESCENTRALIZACIÓN DEL URBANISMO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

1.- Los títulos competenciales del Estado en relación a la propiedad urbana, la expropiación forzosa, la responsabilidad patrimonial y la protección del medio ambiente.

El Estado puede invocar tres títulos competenciales específicos sobre los que pivota sus competencias puntuales en relación con el urbanismo, dos de ellos se encuentran directamente vinculados con la propiedad inmobiliaria, y uno de ellos con el derecho de indemnización por menoscabo o pérdida de derechos inmobiliarios adquiridos, o dicho de otra forma, con la expropiación forzosa y el régimen de responsabilidad patrimonial derivada de determinadas decisiones administrativas que afectan a derechos inmobiliarios (los supuestos indemnizatorios). Junto a ellos puede igualmente legislar sobre los mínimos que afectan a la protección del medio ambiente.

A) *La competencia estatal del art. 149.1.1.C.E.*

Esta regla competencial del art. 149 atribuye al Estado la competencia exclusiva en “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

En relación con esta norma constitucional de reparto, y en materia urbanística únicamente puede el Estado legislar en lo que afecta al derecho de propiedad al relacionar este precepto con el art. 33 de la C.E.. Así, el Tribunal Constitucional en las dos sentencias citadas ha venido a concluir que dicho título sólo presta cobertura a las condiciones que guarden estrecha relación directa e inmediata con los derechos que la Constitución reconoce. No es un título horizontal que invada cualquier sector o materia porque pudiera ser reconducible, siquiera fuera remotamente, hacia un derecho o deber constitucional, ni habilita para establecer una regulación uniforme de la propiedad privada y su función social, sino sólo una “igualdad básica” en lo referente a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo.

En primer lugar, ya tenemos la primera materia urbanística concreta sobre la que puede legislar el Estado, sobre el régimen urbanístico de la propiedad del suelo y el de valoraciones.

En segundo lugar, no lo puede hacer de una forma completa y acabada, sino únicamente mediante una regulación de contenido básico y primario de los derechos y deberes afectados (posiciones jurídicas fundamentales, tales como facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos).

En tercer lugar, no puede tampoco ser una regulación que incida sobre el contenido esencial del derecho de propiedad.

En cuarto lugar, tampoco habilita este título al Estado para regular la política autonómica sectorial sobre el urbanismo.

Por último, este último pronunciamiento debe matizarse puesto que el legislador estatal tanto en el Proyecto de Ley del Suelo de 2006 que es objeto del presente estudio como en la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones 6/1998 vinculan la propiedad urbana a la ordenación urbanística que determine

el planeamiento, es decir, que el Estado por la vía del art. 149.1.1 podría perfectamente regular unos mínimos en relación a las facultades esenciales que integran el derecho de propiedad urbana, que, a su vez, vendrá delimitado por la ordenación que de la ciudad realice el planeamiento, cuya regulación compete a las Comunidades Autónomas, por lo que esa vinculación propiedad urbana-ordenación urbanística solo se ajustaría a la Constitución de responder a una mera declaración legal sin opción planificadora alguna, tal y como lo hace la LRSV y el Proyecto de Ley del Suelo que examinamos. Esta es la visión que ha asumido la STC 164/2001 en su fto. Jco. 6:

El legislador estatal (en la LRSV) *“ha optado por vincular estrechamente la propiedad urbana a la ordenación urbanística de la ciudad. De manera que el contenido y disfrute de la propiedad urbana depende de las diversas opciones de política urbanística que se adopten en cada ciudad: clasificación del suelo; asignación de usos y sus magnitudes; localización de las dotaciones públicas, entre otras. Esa vinculación de la propiedad urbana a la ordenación de la ciudad lleva a que la LRSV considere inherente a su propia regulación la existencia de planeamiento urbanístico; esto es, de aquel instrumento de ordenación que determine el haz de facultades urbanísticas sobre cada terreno y haga compatible el disfrute de las facultades urbanizadoras y edificatorias con la estructura y singularidades de cada ciudad. Ahora bien, la LRSV no exige ninguna clase específica de plan urbanístico; presume, sólo, la existencia del planeamiento suficiente para el disfrute del derecho de propiedad urbana”*.

De esta forma, queda perfectamente delimitada la competencia que atribuye este título al Estado, desde el punto de vista positivo, que le permite legislar sobre los principios básicos, estatuto básico o presupuestos sobre el régimen de la propiedad del suelo y de sus valoraciones —valoraciones urbanísticas—, y desde el punto de vista negativo, al no poder hacerlo sobre un régimen uniforme y general del derecho de propiedad del suelo, ni su contenido esencial, ni sobre la ordenación urbanística al ser de competencia autonómica.

En parecidos términos se pronuncia José Manuel Merelo Abela³, al manifestar que *“pues cabe perfectamente diferenciar dos planos bien distintos: el de la ordenación urbanística real (urbanismo en sentido objetivo) y el de la incidencia de esa ordenación en el conjunto de propiedades afectadas, o lo que es lo mismo, el contenido urbanístico (aspecto subjetivo) de la propiedad del suelo. La regulación del primer plano o aspecto es claramente competencia autonómica exclusiva, mientras que la regulación del segundo, bien que limitado al contenido básico o primario del derecho (y en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio) sería competencia estatal*.

No obstante lo anterior, esta doctrina ha recibido algunas críticas por su sesgo voluntarista y contradictorio, así, por ejemplo permite al Estado la definición de los deberes básicos vinculados a la propiedad pero le niega la posibilidad de regular las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento⁴, o también, admite que las áreas de reparto “puedan considerarse como una consecuencia casi necesaria (sic) de la concepción del derecho de propiedad” (F.J. 24), en cuanto tienden a hacer efectivo el principio de la equidistribución, y, sin embargo, declara que queda su regulación a la libre disposición del legislador autonómico.

B) Las competencias estatales derivadas de los títulos contenidos en el artículo 149.1.8 y 149.1.13 y art. 149.1.18 C.E.

3. Op. Cit. José Manuel Merelo Abela. “Contenido y Alcance de la Sentencia 61/1997 del TC sobre la Ley del Suelo”. Edit. Praxis.1997.Pág.4.

4. Menendez Rexach. Ponencia “La Sentencia del Tribunal Constitucional y su incidencia sobre la legislación autonómica”. Curso Consultores de Administraciones Públicas. Madrid Mayo 1997.

Las competencias exclusivas del Estado en relación a estos títulos está ya más que confirmada por una doctrina muy consolidada del Tribunal Constitucional, tanto referente a la competencia autonómica sobre la legislación civil foral cómo la referida a las bases de la actividad económica, a la legislación sobre expropiación forzosa y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

Conforme a ello y a los anteriores títulos competenciales el Estado está habilitado para legislar sobre expropiación forzosa, régimen de valoraciones en general y no únicamente por razón de expropiación forzosa, así como sobre responsabilidad patrimonial de la Administración actuante. Pero también sobre la participación pública y de los ciudadanos en al ámbito del planeamiento y ordenación urbanística y territorial con fundamento en el título estatal de regulación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art 149.1. 13 y 18 .C.E.).

En este sentido se pronuncia la STC 164/2001, que por cuanto enjuicia la constitucionalidad de la LRSV es de mejor aplicación al Proyecto de ley del Suelo de 24 de Julio de 2006 al completar la doctrina constitucional de distribución de competencias instaurada por la STC 61/1997, y lo hace en los siguientes términos⁵:

“Pues bien, tanto el mandato de participación pública como los derechos informativos (de acceso y prestacional) son reconducibles a la competencia estatal sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE), sin simultánea invasión de las competencias urbanísticas autonómicas”.

C) Las competencias estatales derivadas de otros títulos competenciales, en particular de los arts. 33 y 38 en relación con el art. 149.1.1, y arts. 47, 149.1.23 C.E.

Tanto la STC 61/1997 como la STC 164/2001 anudan los preceptos constitucionales contenidos en los arts. 33 (derecho de propiedad), 38 (libertad de empresa), y 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y regulación de la utilización del suelo conforme al interés general para impedir la especulación) de la C.E. con una opción del legislador por la sustracción al libre mercado de la dirección de la actuaciones urbanizadoras (y por tanto a las decisiones de los propietarios o empresarios); así como por la participación de los particulares (propietarios o no) en la acción urbanística pública. Como señala el Alto Tribunal *“estas dos opciones normativas establecen, con carácter general, límites al posible juego de los derechos de propiedad (art. 33.1 CE) y –en su caso– de libre empresa (art. 38 CE) en relación con un bien escaso como es el suelo. No podemos dudar ahora, como tampoco hicimos en nuestra STC 61/1997, F. 14 c), de que esta regulación establece condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales de propiedad y de libertad de empresa”*⁶.

La legislación básica sobre protección del medio ambiente, es la competencia exclusiva del Estado que la Constitución atribuye a éste en el art. 149.1.23, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan establecer normas adicionales de protección. Este título es el que ha legitimado al Estado para articular por la vía de los principios, en la LRSV, una finalidad protectora de la normativa urbanística, no condicionándola, en relación al suelo no urbanizable que goza de especial calidad o valor ambiental, pero tiene una mayor fuerza reguladora, como veremos, en el Proyecto de

5. Fto. Jco 11 STC 164/2001.

6. Fto. Jco 9 STC 164/2001.

Ley del Suelo de 2006 al informar el conjunto del texto mediante el principio de desarrollo sostenible, ligando, como no puede ser de otra manera, el Derecho Urbanístico con el Derecho ambiental.

2.- Las competencias reguladoras de las Comunidades Autónomas.

Con lo anteriormente expuesto puede adivinarse cuál sea el marco de actuación de las Comunidades Autónomas.

En principio les reconoce la Constitución en el art. 148.1.3 la competencia en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

Pero esta competencia que es exclusiva de las Comunidades Autónomas, ha de coexistir con otras competencias del Estado parciales o colaterales que inciden puntualmente en el urbanismo no afectando a su núcleo esencial: la ordenación de la ciudad y del territorio, de tal forma que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, la competencia legislativa sobre urbanismo permite a las Comunidades Autónomas fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad, y servirse para ello de las técnicas jurídicas que consideren más adecuadas, pudiendo ser una de esas técnicas jurídicas, la definición o conformación de las facultades urbanísticas de la propiedad urbana⁷.

De esta forma el cuadro de materias que integran la competencia autonómica sobre el urbanismo y ordenación del territorio incluye, entre otras, el régimen de planeamiento urbanístico, procedimientos para su aprobación, sistema de Convenios, régimen de propiedad del suelo partiendo de la básica estatal, asignación de usos e intensidades, técnicas de redistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento, cesiones obligatorias y gratuitas con respeto a los mínimos estatales, sistemas de ejecución del planeamiento o gestión urbanística, estándares urbanísticos, patrimonios públicos de suelo, supuestos indemnizatorios bajo los principios de la norma básica estatal, régimen de licencias, y disciplina urbanística.

Definido el marco de actuación del Estado y de las Comunidades Autónomas, seguidamente se valorará el grado de adaptación a esta doctrina constitucional del Proyecto de Ley del Suelo de 14 de Julio de 2006 (en adelante PLS), comenzando por su propia Exposición de Motivos.

3.- La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley estatal del Suelo de 14 de Julio de 2006. No es una Ley urbanística.

La Exposición de Motivos del PLS acoge toda esta doctrina constitucional anteriormente vista, y enmarca este proyecto legislativo en los títulos competenciales sobre los que verdaderamente debe asentarse.

Como ya señalé en un artículo reciente en prensa, a mi juicio, en esta relación Ley estatal-Ley autonómica el proyecto de Ley viene a recoger una serie de principios y valores constitucionales, obviando regular las tradicionales técnicas urbanísticas que abandona en mano de los poderes legislativos autonómicos, tales como los tipos de planes o las clases de suelo, no apostando por ningún modelo urbanístico que es competencia de las Comunidades Autónomas.

7. Fto. Jco 5 de la STC 61/1997 y Fto. Jco. 4 de la STC 164/2001.

De esta forma el proyecto de ley salva cualquier conflicto con las Comunidades autónomas, puesto que *no es una ley urbanística (lo son las leyes autonómicas), sino una ley referida al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados (Exposición de Motivos).*

Y es en estos derechos constitucionales, en su garantía, efectividad y salvaguarda en los que se apoya el legislador estatal para definir una nueva concepción del derecho de propiedad sobre el suelo, abandonando la tradición de identificar este derecho con el derecho exclusivo de la iniciativa privada a la actividad urbanizadora, esto es, que únicamente el propietario del suelo goza de la facultad de urbanizar bien por ser exclusivo bien por ocupar una posición privilegiada en el sector o unidad de actuación de que se tratara, que pasa a convertirse en una facultad de participar en la urbanización que se erige en un servicio netamente público.

Los derechos constitucionales, interrelacionados en los que se fundamenta este proyecto de Ley son los reconocidos en los artículos 45 a 47 de la Constitución:

- El art. 45 reconoce el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, imponiendo a los poderes públicos el deber de velar por una utilización racional de los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente.
- El art. 46 exige que los poderes públicos garanticen la conservación y promuevan el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico.
- Y el art. 47 reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada e impone a los poderes públicos que promuevan las condiciones necesarias y establezcan las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

Estos preceptos constitucionales son mandatos dirigidos a los poderes públicos, a todos, pero, por lo que aquí interesa, impulsan la labor legislativa concretada en este Proyecto de Ley del Estado, pero a ellos ya se refiere la LOUA en su art. 2.3 al definir la función pública de la actividad urbanizadora y los principios por los que haya de regirse.

V.- LAS IMPLICACIONES DEL PROYECTO DE LEY DEL SUELO SOBRE LA LOUA.

1.- Objeto del Proyecto de Ley. Principios de desarrollo sostenible.

Objeto del PLS.

El art. 1 del Proyecto define su objeto de manera muy parecida a la LRSV, sin que haya que hacerle ningún reproche de inconstitucionalidad, si bien se añade una novedad al regular también “las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la materia”.

Si estimamos que la relación con el título competencial del art. 149.1.23 en lo que se refiere a las bases para la protección del medio ambiente, a mi juicio, encaja perfectamente en la doctrinal constitucional examinada, no así al referirse a las bases económicas que lo anuda al título del art.

149.1.13 C.E. que según el Tribunal Constitucional ha de ser de aplicado e interpretado restrictivamente cuando se trata de una materia específica, como lo es el urbanismo y la ordenación del territorio⁸.

Aún cuando la opción claramente intervencionista del PLS en relación al mercado del suelo a través de los principios que acoge es manifiesta, no es posible que el objeto de la Ley se intente fundar en el título que acoge la competencia estatal para dirigir la política económica general, pues el Alto Tribunal no permite dotar de esa fuerza expansiva al art. 149.1.13, sino que más bien basta con que se funde en los criterios constitucionales que derivan del art. 149.1.1 C.E.

En cualquier caso el art. 1 contiene simples declaraciones que valoraremos si posteriormente tienen proyección y virtualidad a lo largo de su articulado.

Principios de desarrollo sostenible (art. 2). Su proyección en la LOUA.

La gran innovación que, a mi juicio, incorpora el PLS es la vinculación estrecha que establece entre la ordenación urbanística y territorial con el desarrollo sostenible, como un principio básico, un mínimo común denominador para todo el territorio nacional, y un criterio general que ha de impulsar todas las políticas públicas relacionadas con el territorio.

Se hace compatible con la LOUA pues en su art. 3 al referirse a los fines específicos de la actividad urbanística alude a vincular los usos del suelo a la utilización racional de los recursos naturales, conseguir un desarrollo sostenible y cohesionado de las ciudades en términos económicos, culturales y medioambientales, etc...

En su art. 2 el PLS define este principio de una manera ambiciosa, que excede de un simple contenido medioambiental para inmiscuirse en una declaración de política social y solidaridad que incide sobre concretas competencias que no son exclusivas del Estado, sino también de las Comunidades Autónomas, si bien se queda en el estadio de los principios o bases mínimas, por lo que no se extralimita el PLS en este apartado.

El art. 3 contiene normas muy parecidas a las de los artículos 3,4,5 y 6 de la LRSV, si bien clarifica los espacios del urbanismo en que es posible la participación privada: la ordenación territorial y urbanística y el control del proceso urbanístico es PÚBLICO, y los particulares únicamente tienen un derecho de información y de participación en la gestión y políticas de suelo.

Ninguna tacha de inconstitucionalidad puede hacerse cuando el Tribunal Constitucional en relación con los anteriores artículos de la LRSV vino a significar que la opción por la dirección y control públicos de la gestión urbanística constituye un límite elemental al posible juego de los derechos de propiedad (art. 33.1 CE) y de libre empresa (art. 38 CE), con cobertura competencial en el art. 149.1.1 CE (STC 61/1997, F. 14.c), admitiendo también que en los casos de actuación urbanística pública (ya no sólo de control o dirección públicos) el Estado puede establecer que el sacrificio de la iniciativa económica privada se compense o equilibre con una participación «en la medida más amplia posible»⁹.

8. Fto. Jco. 9 de la STC 164/2001.

9. Fto. Jco. 9.5 de STC 164/2001.

Por último, en relación al art. 2 contiene una declaración novedosa que luego tendrá proyección en su articulado, como por ejemplo a través de la reserva mínima para vivienda protegida, que es la vinculación del suelo para uso residencial con el derecho del art. 47. C.E., esto es a una vivienda digna y adecuada.

2.- El estatuto básico del ciudadano en relación con el suelo y con la vivienda (arts. 4 y 5).

Conforme a los anteriores derechos y principios el PLS define tres estatutos básicos:

- El estatuto básico del ciudadano en relación con el suelo y con la vivienda.
- El estatuto de la actividad urbanística, que es un servicio público, una actividad económica de interés general que afecta al derecho de propiedad como a la libertad de empresa, y cuya gestión puede reservarse a la Administración o encomendarse a sujetos privados.
- El estatuto de la propiedad del suelo, definido como un conjunto de facultades y deberes, entre los que ya no se cuenta el de urbanizar, aunque sí el de participar en la actividad urbanizadora de iniciativa privada con las debidas garantías de consentimiento informado.

Vamos a detenernos en la valoración que merece el primero de los estatutos integrado por los derechos del art. 4 y los deberes del art. 5.

Los derechos de los ciudadanos se integran por derechos constitucionales, a una vivienda digna y adecuada a la que se añade sin ruidos ni inmisiones contaminantes, de acceso a las dotaciones públicas y equipamientos, de información y participación y a la acción pública en materia urbanística y medioambiental. Indiscutibles estos derechos prestacionales reconocidos en la Constitución y fundados algunos en el título del art. 149.1.18, y otro reconocido en normativa básica sectorial (Directiva sobre derecho de información en materia medioambiental)¹⁰.

Los deberes impuestos en el art. 5 parecen más bien destinados a ser recogidos por la normativa local o medioambiental o de protección del patrimonio, ya fueren las Ordenanzas Municipales sobre actividades peligrosas e insalubres o licencias de actividad ya fuere la normativa sectorial sobre protección del medio ambiente o del patrimonio de las Administraciones Públicas, por lo que su ubicación en este precepto no aporta nada.

Sería conveniente modificar este precepto dotándolo de un mayor contenido urbanístico, durante la tramitación del PLS en el Congreso.

3.- El estatuto de la actividad urbanística. El modelo de la LOUA (Art. 6 A).

Este precepto va dirigido a los promotores y urbanizadores, y se promulga en el marco de la libertad de empresa (art. 38 C.E) en la actividad urbanística. Lo aprueba el legislador estatal en base a lo dispuesto en el art. 149.1.1 C.E.

El legislador apuesta por un modelo público de actividad urbanizadora al imponer a la legislación autonómica territorial y urbanística el control público sobre aquella, no siendo incompatible con la participación privada cuando la Administración no la lleve a cabo, debiéndose ésta instrumentar

10. STC 164/2001.

normalmente a través de los sistemas de contratación pública (procedimientos bajo los principios de concurrencia y publicidad) que contengan como criterios de adjudicación ciertas cesiones a la Administración.

No obstante lo anterior, el art. 6 a) muestra que la preferencia por lo público deja abierta la posibilidad de excepcionar en la normativa urbanística autonómica que el propietario del suelo tenga la oportunidad, como la ha tenido hasta la fecha, de urbanizar, aunque lo sigue configurando no como un derecho a urbanizar si no como una facultad a participar en la urbanización en las condiciones que la Ley urbanística (autonómica) establezca.

Este modelo es compatible con el de la LOUA en la medida que la excepción es la regla general en los sistemas privados de ejecución pues la intervención del agente urbanizador es subsidiaria, se incorpora al proceso una vez que el propietario incumple con sus deberes urbanísticos.

El art. 85.3 de la LOUA es clarividente en este sentido, pues tras declarar que la actividad de ejecución corresponde íntegramente a la Administración Pública competente en los supuestos de determinación de un sistema de ejecución pública, viene a reconocer que, sin embargo, corresponderá a los particulares en los supuestos de determinación de un sistema de ejecución privada.

Efectivamente, el propietario únicamente tendría derecho a edificar en unidades urbanizadas aptas para ello (art. 6 c.PLS), pero no a urbanizar salvo que la ley autonómica lo excepcione, por lo que, en definitiva, el propietario al igual que los promotores o urbanizadores, en su condición de terceros extraños a la propiedad del suelo, únicamente va a gozar de una facultad de participar en la urbanización en las condiciones que determine la Ley autonómica.

Es un cambio de modelo claro, pero es perfectamente compatible con la LOUA, así se desprende de lo dispuesto en el art. 50 de la ley andaluza, en sus apartados C), D) E) y F), al regular el contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo en sus diferentes categorizaciones de urbanizable no sectorizado, urbanizable sectorizado u ordenado, urbano no consolidado y urbano consolidado, respectivamente.

Por lo demás este art. 6 regula el derecho de consulta amplio de los titulares del derecho a la iniciativa en la actividad urbanizadora que se compadece sin problema alguno con los principios de participación y transparencia que informan el texto, competencia estatal indiscutible fundada en el título del art. 149.1.18 C.E.

5.- Una nueva concepción de la propiedad urbana: su estatuto básico (arts. 7,8 y 9 del PLS).

El PLS en su art. 7 viene a reconocer que el segundo estatuto básico es el de la propiedad del suelo, integrado por un conjunto de facultades y deberes y cargas que se regulan en los artículos siguientes.

Es un estatuto de mínimos que va a informar todas las leyes urbanísticas autonómicas que difiere sustancialmente del régimen de la LRSV en que ésta reconocía el derecho al propietario de suelo urbanizable a promover su transformación y al de suelo urbano a completarla para que adquiriera la condición de solar (arts. 13 y 15 LRSV), convirtiéndose en el PLS en una mera facultad de participar.

Aún cuando la Exposición de Motivos del PLS manifieste que el legislador urbanístico puede optar por seguir reservando a la propiedad la iniciativa de la urbanización en determinados casos de acuerdo con esta Ley, que persigue el progreso pero no la ruptura, es evidente que el modelo es diferente y que las leyes autonómicas podrán adaptarse a este esquema.

Advertimos que las posibilidades que brinda el texto al legislador andaluz son evidentes al modificarse el estatuto básico de la propiedad urbana, aún cuando el modelo de la LOUA es similar y no necesitaría ninguna adaptación, salvo que se pretenda una mayor intervencionismo desde la Administración urbanística andaluza.

Por lo demás, el haz de facultades que integran este estatuto son, sintéticamente (art. 8):

- La facultad de uso y disfrute del suelo, vuelo y subsuelo conforme a su estado y naturaleza de acuerdo con la ley aplicable, incluyendo la de realizar las instalaciones y construcciones necesarias para ello.
- La facultad de edificar sobre unidad apta para ello.
- La de participar en la ejecución de la urbanización con arreglo a un principio de equidistribución, obteniendo el propietario una superficie de suelo proporcionada a su aportación.

En relación con esta última facultad el PLS se remite al plazo que establezca cada Ley autonómica, fijando un plazo mínimo en caso de silencio de ésta: un (1) mes. Este plazo viene referido al ejercicio de una facultad, a fin de homogeneizarla en todo el territorio nacional por lo que estimo debe fundarse en el título del art. 149.1.1 C.E, pues de no ser así rozaría la inconstitucionalidad al afectar al núcleo esencial de la competencia autonómica sobre el urbanismo y la ordenación del territorio, que incluye la definición de los procedimientos, trámites y plazos de la ordenación y el planeamiento.

El conjunto de deberes y cargas este estatuto de mínimos incluye los de uso conforme a su destino, conservación y mejora y rehabilitación que se establezcan en la legislación y en el planeamiento, distinguiendo el suelo urbanizado y el suelo rural, pero incidiendo en los imperativos sobre el suelo rural, que por lo que interesa a este estudio, permiten compatibilizarlo con el régimen del suelo no urbanizable del art. 52 de la LOUA.

En este sentido el art. 9.3 de la LPS legitima el sistema de prestación compensatoria que prevé el art. 52.5 de la LOUA para las actuaciones de interés público en suelo no urbanizable.

VI.- EL RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO DEL SUELO EN EL PROYECTO DE LEY DEL SUELO.

1. Situaciones básicas del suelo (arts.10,11,12). La reserva mínima para vivienda protegida.

La reserva mínima para vivienda protegida y otros principios.

Antes de entrar a valorar la doble clasificación del suelo, el suelo rural y suelo urbanizado, que como mínimo común denominador para el conjunto del territorio nacional establece el PLS,

abandonando así la tradicional y triple clasificación que acogía la LRSV, el proyecto estatal impone (deberán- art. 10) a las Comunidades Autónomas y a los Municipios en su labor de ordenación territorial y urbanística, una serie de principios.

Interesa detenernos en el criterio básico establecido en dicho precepto por el que impone en el planeamiento una RESERVA MÍNIMA para vivienda sujeta a algún régimen de protección pública. Este mínimo se fija por el PLS en el 25% de la edificabilidad residencial, permitiendo reducirla (no excepcionarla) en la legislación autonómica para determinados Municipios.

En principio esta reserva mínima para VPO no la concreta en ningún ámbito, aunque sí la aplica sobre la edificabilidad residencial. No cabría hacerle reproche de inconstitucionalidad pues deriva de las competencias estatales del art. 149.1.1 en relación con el art. 47 de la C.E., precepto que, por otra parte, obliga a todos los poderes públicos.

Dicho lo anterior, a nuestro juicio, la duda sobre la inconstitucionalidad estaría en si esa reserva debe imponerse en todos los municipios, sin dar opción al legislador autonómico que pueda excepcionarla en determinados Municipios menores o en sectores con determinadas características. Pero es que además esta norma, de no modificarse en sede parlamentaria, no se atiene a la realidad de nuestros municipios.

La LOUA en su art. 10.1.A) b)¹¹ permite a los municipios que en los Planes Generales de Ordenación Urbana se exima total o parcialmente de esta reserva a sectores o áreas concretos con una compensación.

A nuestro juicio este precepto constriñe en exceso la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas sin darles más opción que la reducción del porcentaje de reserva, afectando a una parte esencial de su competencia urbanística o de ordenación del territorio. De mantenerse así su redacción obligaría a la modificación del art. 10.1.A) de la LOUA.

Parece más razonable, para evitar la posible inconstitucionalidad, modificar este precepto dando la opción al legislador autonómico de eximir en determinados supuestos o en determinados municipios total o parcialmente la reserva.

El art. 11 recoge una serie de principios sobre transparencia y publicidad que ya vienen regulados en la LOUA en los artículos 39 a 41 para los instrumentos de planeamiento y en los artículos 30 y 95 para los Convenios urbanísticos, perfectamente compatibles con el PLS, y responden a la competencia estatal que deriva del título del art. 149.1.18 CE.

Las situaciones básicas de suelo.

El PLS abandona la clasificación tripartita del suelo de la LRSV para instaurar una bifronte, la del suelo rural y la del suelo urbanizado.

Es evidente que esta clasificación novedosa no se ajusta a la clasificación que contienen las leyes autonómicas sobre urbanismo que partían de un marco muy diferente, el del triple estatuto básico del suelo de la LRSV.

11. Ley de 5 de Mayo de 2006 de Modificación de la Ley 13/2005 de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo.

Sin discutir la competencia estatal para realizar esta mínima clasificación pues se adapta inexorablemente a la doctrina constitucional sobre el particular (véase STC 164/2001¹²), lo que es innegable son los efectos que va a producir no ya solo en la clasificación del suelo que mantienen las Leyes autonómicas de suelo, al desaparecer el suelo urbanizable e integrarse en el suelo rural, sino por cuanto el PLS anuda y vincula inexorablemente este estatuto básico al nuevo régimen de valoraciones que instaura.

El legislador estatal en la Exposición de Motivos del Proyecto justifica este nuevo modelo por el que opta no en sede de la clasificación, sino precisamente en el de las valoraciones, y así manifiesta que el legislador desde las leyes del Suelo de 1956 y 1976 ha regulado el régimen de valoraciones recurriendo a criterios que han tenido sin excepción un denominador común: el de valorar el suelo a partir de cuál fuera su clasificación y categorización urbanísticas, esto es, partiendo de cuál fuera su destino y no su situación real.

Añade esta Exposición de Motivos: *“por lo que la recomposición de este panorama debe buscar la sencillez y la claridad, además por supuesto de la justicia. Ello es perfectamente posible desvinculando clasificación y valoración. Debe valorarse lo que hay, no lo que el plan dice que puede llegar a haber en un futuro incierto. En consecuencia, y con independencia de las clases y categorías urbanísticas de suelo, se parte en la Ley de las dos situaciones básicas ya mencionadas: hay un suelo rural, esto es, aquél que no está funcionalmente integrado en la trama urbana, y otro urbanizado, entendiéndose por tal el que ha sido efectiva y adecuadamente transformado por la urbanización. Ambos se valoran conforme a su naturaleza, siendo así que sólo en el segundo dicha naturaleza integra su destino urbanístico, porque dicho destino ya se ha hecho realidad”*.

Es evidente que este PLS pretende modificar radicalmente el sistema de valoraciones vigente hasta el día de hoy, descartando que se valoren expectativas urbanísticas para evitar la especulación, por, otra parte, mandato recogido en el artículo 47 C.E. para todos los poderes públicos. Ahora bien para eso no es necesario modificar la clasificación del suelo hasta el extremo de integrar en el suelo rural, con sus características y condiciones, aquel suelo que ha sufrido una transformación jurídica por medio del Planeamiento al ser clasificado (ya categorizado) como urbanizable o susceptible de urbanización.

La LOUA utiliza la clasificación de suelo no urbanizable, urbanizable y urbano. Obliga el PLS a su modificación para adaptarla a estas dos nuevas clases de suelo, el rural y el urbanizado. Apuntamos que si no es voluntad del legislador andaluz modificar el régimen del suelo urbanizable con una modificación sustancial de la LOUA, le bastará con crear por imperativo del PLS una nueva clase de suelo, el suelo rural urbanizable.

Lo que es evidente es que se ajusta a la realidad social la existencia de un estadio o fase en el proceso de desarrollo urbanístico del suelo, que se produce cuando el correspondiente Planeamiento General reclasifica el suelo rústico a suelo urbanizable o susceptible de urbanización, transformándolo así en su destino futuro, aunque sea a nivel jurídico, sin que pueda detenerse su

12. Fto. Jco. 12 : *“El carácter instrumental e indispensable de esta clasificación (respecto de los tres estatutos básicos de la propiedad urbana), permite enmarcar al art. 7 LRSV dentro de la competencia del Estado «ex» art. 149.1.1 CE y, con ello, confirmar la adecuación constitucional del inciso «o clases equivalentes reguladas por la legislación urbanística». Esta conclusión en nada limita la competencia de las Comunidades Autónomas para fijar y regular, a efectos de planificación o gestión, otras clasificaciones de suelo distintas y superpuestas a las anteriores”*.

revalorización por este cambio. Esperamos, y es nuestro deseo, que la desvinculación que pretende el PLS entre clasificación y valoraciones produzca el efecto perseguido de evitar la especulación, pero las leyes del mercado, tan poderosas, valorarán el suelo rural “urbanizable” incluyendo las expectativas urbanísticas que el mismo contiene indefectiblemente.

Veremos más adelante si el régimen de valoraciones del PLS pudiera alcanzar los fines que pretende en la forma en que aparece en el mismo Proyecto.

Por lo que se refiere a las normas sobre utilización del suelo rural son compatibles con la LOUA y se asemejan a las reglas contenidas en el régimen del suelo no urbanizable del art. 52 de la ley andaluza, sin que quepa hacerle ningún reparo a su constitucionalidad por todas las razones anteriormente expuestas sobre la competencia estatal para regular el estatuto básico de la propiedad urbana.

2.- Actuaciones de transformación urbanística. Deberes legales inherentes a esta actividad (art. 14 y 16).

El PLS distingue entre situación del suelo y actividad urbanística, entre estado y proceso de urbanización del suelo (Exposición de Motivos). Esta/este segundo elemento es el que regula el Proyecto en lo que denomina actuaciones de transformación urbanística (art.14).

Diferencia el PLS entre actuaciones de urbanización y actuaciones de dotación, conceptuándolas y determinando en las primeras cuando se estiman iniciadas y cuando finalizadas.

Esta regulación es determinante para definir cuando nos encontramos ante un suelo rural y cuando ante un suelo urbanizado, y, por tanto, es consustancial al estatuto básico del suelo y de su clasificación, por lo que es competencia estatal, ex art. 149.1.1 CE.

Estas normas son perfectamente compatibles con las contenidas en el art. 154 de la LOUA.

En relación a los deberes legales que se insertan en la actividad de transformación urbanística, hacen básicamente referencia a las cesiones obligatorias y gratuitas, estableciendo, en virtud del principio de participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística, la cesión del porcentaje de aprovechamiento urbanístico urbanizado en una horquilla que va del 5% hasta el 15%, y en supuestos especiales puede incrementarse hasta el 20% de cesión.

Esta declaración es compatible con las normas que la LOUA contiene en relación al régimen del suelo urbanizable ordenado (art. 54.2.b)) y del suelo urbano no consolidado (art.55.2 a)) fijando dicho porcentaje en el 10%.

Sin embargo, cabe dudar de la constitucionalidad del límite que establece el art. 16.1.b) in fine, al no dar opción al legislador autonómico de poder realizar la sustitución a metálico de esa cesión cuando pueda materializarse con suelo reservado a vivienda protegida.

No vamos a rebatir la bondad del fin que persigue esta norma, pero sí que esta limitación manifiesta a las opciones que tiene el legislador urbanístico sea constitucional. A mi juicio debe modificarse este precepto en sede parlamentaria puesto que incide en una potestad netamente urbanística que forma parte de la gestión del planeamiento, y, por ende, es atributo propio de la potestad legislativa de las Comunidades autónomas en materia urbanística y de su núcleo esencial (art. 148.1.3 CE).

Por último, el art. 16.3 establece un principio de limitación al contenido de los Convenios urbanísticos ya sean de planeamiento o ya sean de gestión, en el sentido de que no pueden contener obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno Derecho.

La materia de Convenios urbanísticos puede afectar al estatuto básico de la actividad urbanizadora, pudiendo producir desigualdades manifiestas entre Municipios y Comunidades Autónomas, debido a que cabe imponer a través de estos instrumentos negociales obligaciones, prestaciones y compromisos, como es notorio y conocido, que exceden de los estrictamente legales. Es constitucional este precepto y se ajusta al sentido y finalidad de la modificación introducida en el art. 30.3 de la LOUA por la Ley de Medidas para la Vivienda Protegida y Suelo.

VII.- EL NUEVO RÉGIMEN DE VALORACIONES.

Sin entrar a analizar los artículos 17,18 y 19 del PLS, por cuanto a los efectos de este estudio que nos ocupa, no son relevantes, admitiendo así que el Estado tiene competencia para regular determinadas normas con efectos netamente registrales, no solo por cuanto afecta al estatuto básico de la propiedad, si no por cuanto es competente para la aprobación de normas civiles y con efecto registral (art. 149.1.8 C.E.). En cualquier caso todas ellas se asemejan a los artículos 21 y 22 de la LRSV no anulados por el Alto Tribunal.

La obligaciones de evaluación e informe de sostenibilidad a acompañar al planeamiento (art. 15.3 PLS) que impone el PLS se compeadece con la competencia estatal del art. 148.1.23, pero más difícil de justificar y fundar en algún título competencial específico del Estado son los informes que impone como deber a incorporar en la documentación del planeamiento los números 4 y 5 de ese mismo precepto.

Nos referimos a los informes de sostenibilidad económica y de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística, sin que ni el articulado ni la propia Exposición de Motivos invoquen título alguno.

Ambos informes pudieran apoyarse en el art. 149.1.18 C.E., en lo referente a un procedimiento administrativo común, o al régimen jurídico de las Administraciones Públicas (derecho de información de los ciudadanos), pero es de dudosa constitucionalidad al afectar a la núcleo principal de la competencia autonómica que es el urbanismo.

El ámbito de aplicación del régimen de valoraciones que establece el artículo 20 del PLS es el referido a: los instrumentos reparcelatorios o de equidistribución (igual que el art. 23 LRSV) en caso de desacuerdo de los propietarios, justiprecio expropiatorio, sustituciones o ventas forzosas, y responsabilidad patrimonial de la Administración. En todos estos ámbitos tiene competencia el Estado para establecer estas normas.

Posteriormente el PLS establece una serie de normas para la valoración de las construcciones e instalaciones, ya en suelo rural ya en suelo urbanizado, para seguidamente establecer los criterios de valoración en los siguientes supuestos:

- Valoración del suelo rural
- Valoración del suelo urbanizado.
- Valoración de la facultad de participar en actuaciones de urbanización si ésta se frustra por

causas no imputables al interesado.

- Valoración de la promoción de actuaciones de urbanización o edificación.
- Valoración del suelo en régimen de equidistribución.

Por lo demás, los criterios de valoración responden a la filosofía del PLS, con la separación de la clasificación de suelo de las valoraciones, especificando en su articulado que en el suelo rural, se abandona el método de comparación porque muy pocas veces concurren los requisitos necesarios para asegurar su objetividad y la eliminación de elementos especulativos. En el suelo urbanizado, los criterios de valoración que se establecen dan lugar a tasaciones siempre actualizadas de los inmuebles, lo que no aseguraba el régimen anterior. En todo caso y con independencia del valor del suelo, cuando éste está sometido a una transformación urbanizadora o edificatoria, se indemnizan los gastos e inversiones acometidos junto con una prima razonable que retribuya el riesgo asumido y se evitan saltos valorativos difícilmente entendibles en el curso del proceso de ordenación y ejecución urbanísticas. En los casos en los que una decisión administrativa impide participar en la ejecución de una actuación de urbanización, o altera las condiciones de ésta, sin que medie incumplimiento por parte de los propietarios, se valora la privación de dicha facultad en sí misma, lo que contribuye a un tratamiento más ponderado de la situación en la que se encuentran aquéllos. En definitiva, un régimen que, sin valorar expectativas generadas exclusivamente por la actividad administrativa de ordenación de los usos del suelo, retribuye e incentiva la actividad urbanizadora o edificatoria emprendida en cumplimiento de aquélla y de la función social de la propiedad¹³.

VIII.- EL RÉGIMEN DE EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DEMÁS TÍTULOS DEL PROYECTO DE LEY.

Los restantes títulos del PLS versan sobre materias que son de indiscutible competencia estatal en base a diversos títulos competenciales.

El Título IV regula el régimen de expropiaciones urbanísticas y la responsabilidad patrimonial en ejecución de la competencia que deriva del art. 149.1.18. C.E.. Es innovador los supuestos de retasación cuando se alteren los usos y edificabilidades del suelo expropiado en virtud de Modificaciones del Planeamiento, pero no de las Revisiones generales de éste (art.29.2.b), pues en ese caso nos situaríamos en los supuestos indemnizatorios (art. 30).

El Título V regula las ventas y sustituciones forzosas y los Patrimonios Públicos de Suelo y el derecho de superficie. Obedecen a diferentes títulos competenciales del Estado sin que quepa efectuar ningún reproche de inconstitucionalidad. Su regulación es compatible con la contenida en la LOUA y en la Ley de Medidas para la Vivienda protegida y Suelo que la modifica.

Una regulación completa del derecho de superficie culmina el PLS que bien puede sufrir modificaciones durante su tramitación en el Congreso de los Diputados y en el Senado ya iniciada.

En su globalidad es un Proyecto que se adapta a la doctrina constitucional sobre distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, salvo en pocas excepciones como se ha podido apreciar en este breve estudio.

13. Exposición de Motivos.

Un acercamiento a la Concesión de Obra Pública Portuaria Regulada en el Artículo 126 de la Ley 48/2003, de 26 de Noviembre, de Régimen Económico y prestación de Servicios en Puertos de Interés General.

Manuel Concha Jarava

Letrado de la Junta de Andalucía Exc.

Secretario del Consejo de Administración de la Empresa Pública de Puertos de Andalucía
y de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía

I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA. II.1. La obra pública. II.2. Evolución Histórica del Contrato de Obra Pública. II.3 La concesión de Obra pública regulada en la Ley 13/2003, de 26 de mayo. III.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA PORTUARIA EN LA LEY 48/2003, DE 26 DE NOVIEMBRE. III.1 Introducción. III.2 Título competencial. III.3 Obras Públicas que constituyen su objeto. III.4 El modelo de concesión de obra pública: su naturaleza jurídica. III.5. El principio de riesgo y ventura y la retribución del contratista. III.6. La concesión como título habilitante para la ocupación del dominio público III.7 La prestación de servicios portuarios básicos. III.8 Plazo de la concesión. IV.- CONCLUSIÓN FINAL.

I.- INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo pretende un acercamiento a la regulación del contrato de concesión de obra pública en el ámbito del tráfico portuario, en la regulación que se contiene en el artículo 126 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en puertos de interés general.

El contrato de concesión de obra pública portuaria es una especie dentro el género del contrato de concesión de obra pública, cualificado por razón del destino de la obra pública, al tráfico portuario. En la actualidad se puede afirmar que nos encontramos ante un resurgimiento de este tipo de contrato allí donde la obra pública es necesaria. No solo en el ámbito de las infraestructuras terrestres del transporte, principalmente en relación con las autopistas, sino en ámbitos tales como el sanitario, construcciones hidráulicas, edificios administrativos, ... Y también en relación con la construcción y explotación de los puertos.

La justificación a la que se recurre para dicho resurgimiento(en la legislación española de la mano de la ley reguladora del contrato de concesión de obra pública, ley 13/2003, de 23 de mayo) si bien se nos presenta como novedosa tampoco lo es tanto en el fondo si bien si en los conceptos formales que la arropa. Así, se habla de la necesidad de la financiación privada en las infraestructuras públicas, la participación público- privada para la consecución de aquéllas o, en términos comunitarios, la colaboración público privada en la construcción de infraestructuras. Esta terminología, si bien novedosa, no puede hacernos olvidar que situándonos en el Siglo XIX, la técnica de la concesión administrativa ya se consideró como una técnica idónea para la construcción de obra pública por diferentes razones, que podemos resumir de la siguiente forma:

- a) La necesidad de promover la iniciativa económica privada, agobiada por la acción del Estado.
- b) La incapacidad empresarial de la Administración que llevó a la figura del concesionario, interpuesto al limitado ámbito de la gestión directa de obras públicas.
- c) La insuficiencia de recursos públicos para abordar proyectos de utilidad pública.

De esta permanencia del concepto de concesión de obra pública a lo largo de los años se hace eco la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que recoge en su apartado I lo siguiente:

“Por cuanto antecede, en el umbral del siglo XXI, parece razonable, si no obligado —y éste es el objetivo de la ley, recuperar los rasgos definidores de la figura centenaria de la concesión de obras públicas contribución de los recursos privados a la creación de infraestructuras y equitativa retribución del esfuerzo empresarial—, figura insustituible en el actuar de los poderes públicos, si bien ajustando los mismos al modelo administrativo y social de nuestros días, es decir, haciendo útil de nuevo la institución, en función de sus características esenciales, en todos los campos en que está llamada a operar”.

Dado por tanto que el contrato de concesión de obra pública portuaria, participa del género contrato de concesión de obra pública, y que este último es una figura que, en el ámbito del Derecho Administrativo podemos considerar como histórica, se hace preciso abordar el concepto de esta institución, a lo largo de su evolución histórica, para poder abordar posteriormente el contrato de concesión de obra pública portuaria.

II.- EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.

II.1.- LA OBRA PÚBLICA.

La obra pública es uno de los conceptos claves del Derecho Administrativo. Las instituciones jurídico administrativas claves han ido apareciendo fundamentándose en dicho concepto: la expropiación forzosa, el contrato administrativo o la responsabilidad administrativa.

Siguiendo esa evolución histórica y partiendo del siglo XIX, el Real Decreto de 10 de octubre de 1845, por el que se aprueba la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas define éstas como “aquéllas que se ejecutan para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general, entre las que se enumera, sin afán de ser exhaustivos, los caminos de todas clases, los canales de navegación, de riego y de desagüe, los puertos de mar, los faros, el desecamiento de lagunas, y terrenos pantanosos en que se interesen uno o más pueblos y la navegación de los ríos”. La obra pública en ésta y en la legislación de la época se caracterizaba por obra pública destinada a la comunidad, al uso público relacionándola así de forma directa con el concepto de dominio público, como lo pone de manifiesto el Código civil del año 1879 al decirnos en su artículo 339 que pertenecen al dominio público, apartado 1, las obras públicas más características de la época junto con otros demanios públicos naturales.

Tres son las notas que caracterizan este concepto tradicional de obra pública:

- a) Se trata de una ejecución, es decir, una actuación encaminada a su realización, partiendo de una situación inicial se obtiene un resultado.
- b) Ese resultado se ha de destinar a la colectividad, que son en definitiva, los titulares últimos de la obra pública.

- c) Pero el titular inmediato de la obra pública es la Administración, en sus diferentes vertientes, que a través de la construcción y del resultado de la obra pública da cumplimiento a su servicio a dicha comunidad.

Es esta última la nota diferenciadora del concepto de obra, el carácter público de la misma como forma de consecución de la satisfacción de los intereses generales, por lo que podemos afirmar que la obra pública existe desde que existe la cosa pública, desde que el Estado, entendido éste en un sentido amplio, procura la satisfacción de los intereses generales. Y ello, con independencia de la forma en la que se lleva a cabo dicha actividad de ejecución, bien por la propia Administración bien a través de particulares a cambio estos últimos de un precio o contraprestación¹.

Para finalizar este apartado, este concepto tradicional de obra pública se ha mantenido hasta nuestros tiempos si bien el elenco de ejemplos que se recogían no con carácter exhaustivo pero sí que de forma general en la legislación decimonónica se ha visto aumentado hasta hacer imposible hoy en día un intento de acotar en una enumeración la variada tipología de obras públicas. Se pueden hablar así de obras públicas genéricas con las divisiones y subdivisiones que se quieran hacer: obras públicas de carreteras, obras públicas ferroviarias, obras públicas portuarias, obras públicas sanitarias, obras públicas hidráulicas, ...O si se prefiere la clasificación puede hacerse en función de la Administración que resulta "obligada" a su ejecución, en el ejercicio de sus competencias: obras públicas estatales, obras públicas autonómicas y obras públicas locales, provinciales y municipales.

Y en relación con lo anterior, las grandes obras públicas relacionadas con el transporte, han dejado de ser consideradas como elementos estáticos pasando a tener la consideración de un elemento más del sector transportes al cual prestan servicios pasando a denominarse, de forma genérica, infraestructuras públicas o del transporte. Y así las actuales infraestructuras públicas son las grandes obras públicas tradicionales en el ámbito o sector de los transportes.

II.2.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.

La construcción de obras públicas ha sido siempre una obligación de los diferentes Estados a lo largo de la historia, como una forma de dar cumplimiento o satisfacción a los intereses generales. Y de forma paralela a lo anterior ya desde la época romana se ha sentido la necesidad de que los particulares colaborasen en la financiación de las citadas obras públicas, apareciendo la fórmula concesional.

Por no remontarnos a épocas anteriores, en el Siglo XIX la concesión de obra pública aparece ya regulada en la Instrucción de 1845 anteriormente citada. Así, el artículo 5 señala que la construcción de obra pública puede ser llevada a cabo a través de empresa, por contrata o por administra-

1. En este sentido baste citar la sentencia a modo de ejemplo, de 12 de febrero de 1990, que dice:
"CUARTO.- Los contratos que vinculan a las partes son los denominados contratos de obras, en cuanto que tienen por objeto la construcción o reparación de inmuebles o la realización de trabajos que modifican la forma o sustancia del suelo, por cuenta de la Administración y a cambio de un precio, y cuya esencia consiste en una *locatio operis*, en un arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado, regulado en los artículos 1588 y siguientes del Código Civil, por virtud del cual el contratista o conductor se obliga a realizar una obra determinada y el dueño o locator a pagar por ella un precio alzado, ejecución de obra por precio cierto (artículo 1544 del Código Civil), en que el objeto es el resultado del trabajo en el que la obligación del dueño de la obra consiste en abonar el precio de ella, que es justamente, lo que constituye una parte de lo que reclama la entidad recurrente en el supuesto de autos, y en lo que a tal pretensión concierne, es de destacar que, como basada en la propia naturaleza del contrato.

ción. Es en la primera en la que se consagra la fórmula concesional, contratando la Administración con los particulares la ejecución de las obras y cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas.

En esta evolución histórica hemos de distinguir tres momentos:

- a) El concepto tradicional de concesión de obra pública (Siglo XIX y principios del SXX).
- b) La pérdida de importancia de la concesión de obra pública (Siglo XX hasta finales de siglo.)
- c) La concesión de obra pública en nuestros días.
- d) El concepto tradicional de concesión de obra pública (Siglo XIX y principios del SXX).

El artículo 5 de la Instrucción establecía que:

“Artículo 5. (...) En las obras por empresa la Administración contrata con particulares la ejecución de las obras, cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas; y cuando éstos no sean suficientes, estipulando concesiones en compensación de la industria de los empresarios o del capital que adelanten, de lo cual resultará a su favor en los más de los casos un privilegio por tiempo determinado”.

La Instrucción establecía su preferencia por la realización de obras “por contrata” siempre que hubiese fondos suficientes, mientras que las obras “por empresa” se indicaban especialmente para aquellos casos en que su realización exigiese esfuerzos económicos para los que la Administración no estuviese en condiciones de afrontar.

“Artículo 7. Las empresas promovidas por particulares, en tanto serán aceptables, en cuanto la importancia y vasta extensión de las obras proyectadas exijan considerables sumas que la Administración no se halle en estado de afrontar, pero que puede suplir ventajosamente por medio de concesiones”.

La ideología liberal de la época permite que la iniciativa y el capital privados asuman la construcción de obras públicas de gran calado, conservando el Estado la titularidad y el control de la actividad, exigiendo determinados requisitos técnicos y económicos a los concesionarios.

Aparecen ya los caracteres clásicos de este contrato de concesión de obra pública que, con matices, se puede afirmar se han mantenido hasta nuestros días. Así:

- a) La concesión administrativa de obras públicas conlleva una traslación de funciones o facultades que son propias de la administración concedente. Las funciones de ejecución, explotación y conservación, que son funciones administrativas, de la Administración titular de la obra, se trasladan al concesionario, sujeto de derecho privado, conservando la Administración las potestades de velar por el cumplimiento del contrato.
- b) El segundo rasgo clásico es la posición en la que resulta el concesionario, el cual asume la construcción y conservación de la obra pública “a su cuenta y riesgo”. El principio de riesgo y ventura se asume no solo en la construcción de la obra, como ocurre con el contrato de obra pública, sino también el riesgo de que su explotación no le proporcione el rendimiento suficiente como para retribuir los gastos que le ocasiona la construcción y los derivados de la propia explotación, así como de la conservación y reparación (junto con la necesidad de que le produzca un beneficio industrial).

- c) El tercer rasgo de esta modalidad contractual es el carácter limitado que tiene en el tiempo. No hay ninguna concesión a perpetuidad. Por cuanto la concesión además de conllevar el ejercicio de funciones públicas que son inalienables no puede hacernos olvidar que la misma conlleva una ocupación privativa del dominio público que debe estar sujeta a término.
- d) Por último, la retribución para el concesionario derivada de la explotación se hace depender del pago de tarifas por parte de los usuarios de la obra pública.

A lo largo del Siglo XIX esta figura concesional se ve sometida a cambios, fruto del contexto histórico en el que se desenvuelve, si bien se puede afirmar que en la Ley de Obras Públicas de 1877 se mantienen tales rasgos esenciales.

Paulatinamente a este reconocimiento legal de la concesión de obras públicas como fórmula de participación privada en la ejecución de infraestructuras, van apareciendo voces críticas, en especial, en la doctrina administrativistas, que reclaman un papel más preponderante del Estado en la ejecución de la obra pública. El profesor Sebastián Martín Retortillo expone de forma muy gráfica cual era ese pensamiento, al decirnos que:

“Sistema concesional: concesión, incumplimiento, la concesión incurrida en caducidad, declaración de caducidad, resolución de concesión; y de nuevo otra concesión, de nuevo otras resoluciones, de nuevo otra caducidad, sin que la cadena se rompa, sin que las obras se realicen”.

B) La pérdida de importancia de la concesión de obra pública (Siglo XX hasta finales de siglo).

La llegada del Estado Social de Derecho, supone unos cambios en la concepción de la Administración lejos y de los postulados liberales. Así, ésta deja de ser ajena a los ciudadanos, no aislándose de la sociedad sino que pretende incluso la conformación de la misma procurando su bienestar. Toma relevancia la institución del servicio público frente a la obra pública, alcanzando aquél una extensión desmesurada que se nos presenta en esta época como el auténtico referente del Derecho Administrativo. La obra pública no es una obligación del Estado sino que la obligación es la prestación del servicio público que se lleva a cabo sobre la obra o infraestructura correspondiente, pasando así la obra pública a ser un elemento más de la concesión de servicio público.

A esta irrupción del servicio público como factor que contribuye a que la obra pública pase a un segundo término hay que añadir en relación con la pérdida de importancia de la concesión como contrato para la ejecución de obra pública las críticas que merece esta figura, críticas que ya se presentaban a finales del Siglo XIX. Así en el entorno de la primera guerra mundial, el modelo concesional entra en crisis. Por una multitud de razones, especialmente en las obras hidráulicas, el concesionario “interpuesto” es denostado. La gestión directa por el Estado aparece como la solución para superar esta situación. En paralelo, la financiación presupuestaria se impone sobre la financiación patrimonial; el sistema impositivo frente al principio de equivalencia; el contribuyente frente al usuario (bien es cierto, que no lo desplaza por completo). En la práctica, pese a la vigencia de la Ley de Obras Públicas de 1877, la figura del concesionario de obra pública desapareció. Nada dice del mismo la Ley de Contratos del Estado –Decreto 923/1965, de 8 de abril, de aprobación del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado–, ni antes, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955); aunque ambas disposiciones sí que regulan la concesión de servicio público con ejecución de obra (artículo 68 Ley de Contratos, artículo 114 Reglamento de Servicios). Con todo, el concesionario de obra pública subsistió en dos ámbitos sectoriales: las autopistas de peaje (Ley de 26 de febrero de 1953, Ley 55/1960, de 22 de diciembre,

y Ley 8/1972, de 10 de mayo, que continúa vigente); y la ejecución de obras de urbanización (el Estatuto-Municipal, aprobado por Decreto-Ley de 8 de marzo de 1924, dio continuidad a la Ley de Expropiación Forzosa de 1879, hasta el cambio del modelo concesional por el de cesiones obligatorias a cargo de los propietarios que implanta la Ley del Suelo de 1956 y refuerza la Ley del Suelo de 1976, dejando la concesión para los programas de actuación urbanística -suelo urbanizable no programado- y la ejecución por expropiación).

La concesión de obra pública se considera como variante de la concesión de servicio público, esto es, como una concesión mixta de obra y servicio. Así la jurisprudencia del Tribunal Supremo se apunta a esta tesis sobre el carácter mixto del contrato de concesión de obra, distinguiendo dos fases, de ejecución regida por las normas del contrato de obra y la de explotación donde predomina su consideración como servicio público, con las técnicas propias que regulan estas concesiones como son la fuerza mayor, el riesgo imprevisible o el *ius variandi*. Así, la TS de 6 de junio de 1997, se refiere a la concurrencia en este tipo de contratos de una concesión demanial con otra de servicio público.

C) La concesión de Obras Públicas en nuestros días.

En el contexto mundial y regional actual, en el control de gasto público (véase el Pacto Europeo por la Estabilidad, por ejemplo), en el que se viene aplicando políticas de ajuste presupuestario y de reducción del déficit fiscal, es imposible limitarse a la vinculación presupuestaria para la ejecución de las grandes infraestructuras. Por tal motivo, se ha hecho necesario procurar la participación del sector privado, de la inversión privada, en la ejecución de los citados proyectos, estableciendo canales, mecanismos y procedimientos para procurar ese acercamiento público-privado.

A ello hay que unir otra serie de factores, más de carácter político, como pueden ser las externalidades negativas que conlleva el sistema tradicional de ejecución de las inversiones por parte del sector público unido a la creencia de la mejor gestión privada en la ejecución de las citadas infraestructuras, que han contribuido a la adopción de tales medidas de colaboración.

Las citadas formas de participación entre el sector público y privado en la ejecución y mantenimiento de infraestructuras a las que estamos aludiendo se han agrupado por la doctrina en un término que, por su carácter sintético, se puede considerar vago e impreciso, dada la amplia gama de operaciones, técnicas y proyectos que en si comporta. Así se habla de *la participación público-privada para la ejecución de infraestructuras*, los modelos PPP, que responden a contratos, convenios, acuerdos u otras formas de cooperación entre entidades públicas y privadas para acometer la ejecución de infraestructuras (diseño, construcción, ampliación, e incluso su gestión o explotación), así como su financiación.

Junto a esa expresión de participación público privada más recientemente se viene acuñando en el seno de la Unión Europea la denominación equivalente de colaboración público-privada (CPP). Así, la Comisión de las Comunidades europeas, aprobó en abril de 2004, un Libro Verde sobre *la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. En relación con la definición de estas formas de participación o colaboración se nos que la expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario, si bien en general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.

En definitiva, estas técnicas de colaboración o participación público- privada son el fruto del pragmatismo que impera en estos momentos en el sector de las infraestructuras. Se ha pasado del dogmatismo en el mismo, con una clara y nítida separación entre “*técnicas de gestión directa*”, de ejecución por parte de la Administración, y “*técnicas de gestión indirecta*”, a través de la concesión clásica, a una mayor eficacia práctica en la construcción y ejecución de infraestructuras públicas, determinando previos análisis fundados y racionales la gestión de tal actividad debe corresponder al sector público o privado. Y una vez determinada si pública o privada, se pasa a estructurar el proyecto utilizando la técnica de colaboración más apropiada, y así seleccionar al contratista y fijar los mecanismos más adecuados para la gestión y el control de la actividad por el licitador. En definitiva, del “*riesgo y ventura*” de la concesión administrativa o de “*la intangibilidad de la remuneración del concesionario*” se ha pasado al principio de la “*cooperación pública-privada*”, como base para una asunción compartida de ciertos riesgos por parte del sector público y privado.

La concesión en la realidad actual como fórmula estrella de la participación público- privada en el diseño, construcción, financiación y explotación de proyectos de infraestructura presenta una serie de características que en este momento nos parece muy adecuado reseñar:

1. Permite al Estado incorporar la participación privada en las fases de gestión y financiación de infraestructuras públicas.
2. Genera mayores eficiencias en el diseño, construcción y operación de las infraestructuras y en su explotación.
3. Permite liberar recursos públicos y destinarlos a satisfacer otras necesidades sociales más inmediatas socialmente hablando.
4. Permite transferir al sector privado los riesgos que están bajo su control.
5. Tiene efectos positivos sobre la creación de oportunidades de inversión para el sector privado.
6. Permite la captación de ahorros extranjeros.
7. Mejora la competitividad de las empresas.

II.3.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA REGULADA EN LA LEY 13/2003, DE 26 DE MAYO.

III.3.A. Concepto y caracteres.

El artículo 220 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que: “*Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título*”.

El contrato de concesión de obras públicas se caracteriza, por lo siguiente:

- Ya no se identifica el contrato de concesión como una forma de llevar a cabo la construcción y posterior financiación de la obra pública sino que el contrato de concesión de obra pública puede referirse en exclusiva a la explotación de la citada obra sin más.

Como nos dice el profesor EMBID IRUJO, la obra pública, a la vista de la regulación de la nueva ley, debe entenderse como sinónimo de bien inmueble de interés público sobre el que el concesionario realiza su actividad en virtud de un proyecto aprobado por la Administración y que es controlado y tutelado por ésta, sin que necesariamente debe incluir en su objeto para ser contrato de concesión de obra pública la obligación de realizar y entregar la obra. Parece a la vista de la regulación legal que se puede entender que el objeto de la concesión no tiene porque ser necesariamente una obra pública que tenga la consideración de dominio público.

- Se ha superado también la identificación del contrato de obra pública como una forma de gestión indirecta de un servicio público. Al tiempo que se nos dice que el servicio a explotar puede tener el carácter de servicio público de naturaleza económica también la concesión puede tener por objeto la explotación el desarrollo de actividades o de servicios públicos de interés general. No es necesaria pues la publicación del servicio objeto de prestación.
- Se recoge también una importante novedad respecto de la retribución a percibir por parte del contratista: además de los ingresos derivados de la explotación del servicio, público o de interés general, y de un posible precio, el concepto de concesión de obras públicas deja abierta la posibilidad de abono de otras modalidad de contraprestaciones (subvenciones, concesiones demaniales...).

Este último aspecto nos permite afirmar que, bajo la modalidad de concesión de obra pública, la nueva regulación proyectada en el Título V del Libro II del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se da carta de naturaleza a proyectar fórmulas de colaboración público privada muy variadas, en función de cada proyecto en particular, fórmulas que incluso en algún supuesto pueden considerarse como que no se corresponden con el concepto tradicional de concesión de obra pública. Así, el artículo 220, apartado 2 nos dice a continuación:

“La construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente”.

Esta relativización del principio de riesgo y ventura se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley, al decir que *“Evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privada en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado”.*

El Consejo de Estado en su dictamen en relación con el proyecto de Ley reguladora de la concesión de obra pública llamó la atención sobre la regulación que al respecto se recoge en el citado Título V. Baste indicar lo siguiente: *“El Consejo de Estado considera que tal planteamiento, que es sin duda legítimo (las ayudas públicas), debería ser objeto de una regulación general y rigurosa a fin de evitar que el riesgo de la gestión concesional se traslade a la Administración Pública en virtud de interpretaciones extensivas y aplicaciones inadecuadas de las que pueda seguirse un aseguramiento público y generalizado de tales riesgos”.*

II.3.B) Naturaleza Jurídica.

La doctrina administrativista considera que este nuevo contrato típico es un contrato con identidad propia, distinto del de obra pública y del de servicio público. Respecto de este último se apuntan los siguientes criterios diferenciadores:

- La fase de explotación de una obra pública no tiene por que implicar la prestación de ningún servicio público. El objeto del contrato es la utilización de la infraestructura por el usuario lo cual de por sí no implica prestación de servicio alguno. Se pone de ejemplo las autopistas de peaje en las que el usuario no paga por ningún servicio sino por usar esa vía pública.
- En el contrato de concesión de obras públicas la construcción, la adecuación, reforma y modernización de las obras públicas, así como las actuaciones de reposición y gran reparación tienen un papel principal con respecto a las obras de naturaleza secundaria que hay que realizar con ocasión de un contrato de gestión de servicio público. A ello hay que unir la “cláusula de progreso” que hay que necesariamente incluir en estos contratos de concesión de obra pública por la que el concesionario estará obligado a mantener la obra pública de conformidad con lo que en cada momento según el progreso de la ciencia disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulten de aplicación. Esta importancia superlativa de la obra pública supera el objeto del contrato de concesión de gestión de servicio público.

En definitiva, el concepto de concesión de obra pública nos obliga a entender que bajo esta denominación, se puede incluir una heterogeneidad de supuestos que responde más que a una tradición jurídico administrativa, reconducible a los conceptos clásicos de concesión demanial, de obra pública o de servicio público, a una realidad comunitaria en la que prima la localización de la fuente de financiación de una infraestructura pública, articulándose el contrato en función del proyecto económico financiero que soporte su financiación.

III.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA PORTUARIA.

III.1.- LA OBRA PÚBLICA PORTUARIA.

Los puertos, en su construcción, conservación y ampliación, desde la legislación decimonónica se han abordado como obras públicas, con la caracterización que más arriba se ha hecho del concepto de obras públicas, como bienes inmuebles que siendo de titularidad de la Administración competente se destinan a la satisfacción de los intereses generales y que, por tanto, se destinan a la colectividad participando de las notas de dominio público.

Basta recordar la definición que de puerto se nos ofrece en la Ley de Puertos, Ley 27/1992, de 24 de noviembre, en su artículo 15 como un espacio delimitado por el Estado por una zona de servicio que incluye las superficies de tierra y de agua necesarias para la ejecución de sus actividades, las destinadas a tareas complementarias de aquella y los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria. Las obras públicas, esto es, llevadas a cabo para la construcción de los puertos, corresponden a la Administración competente, estatal o autonómica

según el concreto puerto. En definitiva a través de estas obras públicas lo que se pretende es una puesta a disposición de la colectividad de los puertos, del dominio público portuario, son su superficie de tierra y de agua, bien directamente a los usuarios, bien directamente a los prestadores de servicios para aquéllos, con la previa autorización o concesión para la ocupación del dominio público por los citados prestadores.

Y si bien las obras anteriormente citadas son las obras portuarias por excelencia y a ellas se refiere el artículo 19 de la Ley 27/1992, como obras de interés general del Estado, no se puede afirmar que sean las únicas obras públicas en el ámbito portuario. Así, el artículo 2.6 del citado cuerpo legal dispone que tiene el carácter de instalación portuaria . *“Son instalaciones portuarias las obras civiles de infraestructura y las de edificación o superestructura, así como las instalaciones mecánicas y redes técnicas de servicio construidas o ubicadas en el ámbito territorial de un puerto y destinadas a realizar o facilitar el tráfico portuario”*. En la medida en la que las citadas instalaciones portuarias sean acometidas por la Administración competente tendrán el carácter de obras públicas, incluso, de carácter general, sin perjuicio de cualesquiera otras obras que con otros usos complementarios del portuario puedan las Administraciones acometer.

Ahora bien, y a los efectos que en este estudio nos interesa, el legislador está reservando el concepto de obra pública portuaria para las obras básicas de construcción y de puesta en funcionamiento de un puerto, no revestiendo tal carácter las obras que se pueden identificar con instalaciones portuarias, sin perjuicio del carácter público de éstas. A ello contribuye la regulación actual de los servicios portuarios que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 48/2003, de 24 de noviembre, artículo 60, la prestación de los mismos por las Autoridades Portuarias tiene carácter residual:

“A tal fin, cuando lo requieran las circunstancias, por ausencia o insuficiencia de iniciativa privada, las Autoridades Portuarias podrán asumir la prestación del servicio, directa o indirectamente por cualquier procedimiento reconocido en las Leyes, o concurrir a la prestación del mismo con la iniciativa privada. Las Autoridades Portuarias prestarán el servicio de acuerdo con las condiciones de los pliegos reguladores del servicio y por un plazo limitado, no superior a cinco años, salvo que subsistan las circunstancias que hayan motivado la asunción de la prestación, debiendo exigir en contraprestación las correspondientes tarifas de acuerdo con lo previsto en el artículo 76.1.b) de esta Ley, que se someterán al mismo régimen jurídico que los precios privados por servicios comerciales prestados por las Autoridades Portuarias”.

Sobre el concepto de obra pública portuaria a los efectos del contrato de concesión de obra pública portuaria volveremos a referirnos más adelante.

III.2.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN LA CONSTRUCCIÓN DE ESTAS OBRAS PÚBLICAS.

En la construcción de los puertos, en su conservación y ampliación, se puede singularizar los dispuesto más arriba en relación con la evolución histórica de la concesión de obra pública, con diversos matices.

En la construcción de la obra pública por contrata, esto es, mediante el contrato de obra pública no hay nada que añadir si bien la misma se ha ido adaptando a la normativa en materia contractual vigente en cada momento. Sin embargo, en relación con la concesión de obra pública es en la que se pueden hacer más matices en esa evolución.

Así, la concesión de obra pública estaba prevista no solo en la Ley de Obras Públicas del año 1877 arriba estudiada, sino la legislación sectorial, Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 (artículos 28 y siguientes), y el Real Decreto Ley de 1928, que reproduce en este punto a la anterior, por lo que resulta de aplicación todo lo dispuesto más arriba en relación con la concesión de obra pública en general. Sin embargo, los puertos que se empiezan a construir bajo la modalidad de la concesión no responden necesariamente al citado modelo como contrato de concesión de obra pública sino que se instrumentan bajo la modalidad de la concesión demanial. En la Ley de 26 de abril de 1969, sobre Puertos Deportivos, siendo éstos los que tradicionalmente han respondido a la ejecución por concesionarios, la concesión se ajustaba a los siguientes parámetros:

- A diferencia de lo que debe ser lo habitual en el ámbito de la concesión de obras públicas, la solicitud para la celebración del mismo no partía de la propia Administración competente, del Estado en ese momento, sino por el futuro concesionario, ya fuese la Administración municipal ya fuese el concesionario particular.
- La autorización o concesión, según fuese el solicitante, pero respondiendo ambos títulos a la misma realidad, no se identificaba con una concesión de obra pública sino más bien respondía al modelo de concesión demanial, sobre el demanio marítimo terrestre que, tras la ejecución de las obras, pasaba a tener el carácter de dominio público portuario.
- Sobre esta concesión demanial, limitada igualmente en el tiempo, se amparaba la construcción del puerto, si bien, a nuestro juicio, no era una concesión demanial típica o característica que hemos analizado más arriba. Así, el uso al que se destinaba este demanio marítimo terrestre no era un uso privativo del propio concesionario, como es sustancial en las concesiones demaniales, sino que la concesión tenía por objeto la construcción de un puerto destinado a la colectividad, a los usos náuticos deportivos propios de estos puertos. Y un calro ejemplo de ello era que la obra pública portuaria a construir y explotar participaba en esa primera fase de ejecución de alguna de las características fundamentales de toda obra pública. El otorgamiento de la autorización o concesión, según el caso, llevaba aparejado la posibilidad de poner en marcha el instituto expropiatorio para su realización conforme al proyecto.
- Y sobre la fase de la explotación, la citada normativa respondía al modelo vigente en aquella época por cuanto tanto en el artículo trece como en el artículo 15, se remitía para la gestión de la explotación del puerto a la legislación de contratos del Estado, además de en el artículo 13 referido a las Corporaciones Locales a la legislación de régimen local que resultase de aplicación para la gestión de aquél.

Y ese modelo concesional respecto de los puertos deportivos se puede considerar que ha continuado vigente, tras la aprobación de la Constitución española, al menos en el ámbito de competencias del Estado, hasta la irrupción de la concesión de obra pública portuaria a la que posteriormente haremos referencia.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, conforme a la legislación de las mismas, el modelo si que ha podido tener matizaciones. Así, tomando como ejemplo la Ley de Puertos Deportivos de Andalucía, Ley 8/1988, de 2 de noviembre, en la misma la concesión para la construcción y explotación de un puerto deportivo parece que parte del modelo estatal de puertos deportivos arriba analizado. Así, en su artículo 4 se nos dice:

“1. La Comunidad Autónoma de Andalucía podrá otorgar a personas naturales o jurídicas, tanto públicas como privadas, que lo soliciten, la oportuna concesión administrativa para la construcción y la explotación de obras e instalaciones destinadas a la prestación de servicios a la marina deportiva.

2. Corresponderá su otorgamiento al Consejo de Gobierno para puertos deportivos y zonas portuarias de uso náutico-deportivo, para el resto de los casos a la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

3. La Junta de Andalucía podrá construir y explotar obras e instalaciones para la flota deportiva, por sí misma o en colaboración con otras entidades públicas o privadas”.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto en los artículos 17 y siguientes el control que se reserva la Administración durante la fase de la ejecución de obra parece indicarnos que estamos más próximos a una obra pública que a una simple concesión demanial.

Este régimen de concesión demanial mixta en el ámbito portuario podemos afirmar que se mantiene hasta épocas muy recientes. Así, en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos y Marina Mercante, si bien las referencias a la gestión mediante concesión son muy pocas, tanto la referencia a la zona de servicios de los mismos, que se contiene en el artículo 17 como en la adscripción de los mismos a un puerto de gestión directa estatal, disposición adicional quinta, siguen apostando por ese otorgamiento de una concepción, se entiende demanial, y no por la celebración de un contrato de concesión de obra pública. No va a ser hasta la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, cuando se reconduzca de nuevo la gestión de estos puertos al ámbito de la concesión de obra pública portuaria.

III. LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA PORTUARIA EN LA LEY 48/2003, ARTÍCULO 126.

III.1. INTRODUCCIÓN.

La Ley 48/2003 dedica solo un artículo a la concesión de obra pública portuaria, remitiéndose en lo no dispuesto en el citado artículo a la Ley 13/2003, y de forma mediata, al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, modificado por aquella. Así, el artículo 126 dispone en su apartado 1:

“1. Las Autoridades Portuarias podrán promover la construcción de obras públicas portuarias en régimen de concesión administrativa”.

Este artículo se ubica en el Título V de la Ley, en su Capítulo III, en relación con el dominio público portuario y su gestión y, necesariamente su estudio, debe partir del artículo 92 en el que como principio se aborda el modelo de gestión del dominio público, para el cual plantea una preferencia por la iniciativa privada frente a la iniciativa pública. El citado artículo dispone:

“Artículo 92. Modelo de gestión del dominio público portuario.

1. La gestión del dominio público portuario estatal estará orientada, garantizando el interés general, a promover e incrementar la participación de la iniciativa privada en la financiación, construcción y explotación de las instalaciones portuarias y en la prestación de servicios, a través del otorgamiento de las correspondientes autorizaciones y concesiones, tanto demaniales como de obra pública, de acuerdo con lo previsto en esta Ley”.

Junto con ese principio nos interesa destacar lo que expresamente recoge la Exposición de Motivos en relación con este tipo de contratos. De forma en exceso escueta dispone que *“por medio de la presente Ley lo que se pretende es adecuar al ámbito portuario la nueva tipología de contrato”*.

III.2. TÍTULO COMPETENCIAL.

El artículo 126 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, al igual que todo el texto legal, se dicta en el ejercicio de la competencia estatal, artículo 149.1. 14 y 20 de la Constitución, que atribuye competencia exclusiva en las materias de *“Hacienda General y Deuda del Estado”* y de *“puertos de interés general”*.

Al tratarse de una materia competencia del Estado y sólo referida a los puertos de interés general podemos extraer dos consecuencias interesantes.

1ª El modelo contractual que se recoge en el artículo 126, en lo que de particular puede tener respecto del contenido del Título V del Libro II del TRLCAP, responde necesariamente a la configuración que de los puertos de interés general hace la propia Ley, en especial, en lo referido como apuntábamos más arriba a la organización de los servicios portuarios básicos y de las actividades comerciales e industriales en los mismos.

A través del contrato de concesión de obra pública portuaria el Estado pretende que la construcción y posterior explotación del puerto se lleve a cabo por el concesionario de acuerdo con el modelo que la propia Ley, junto con la Ley 27/1992, regulan para la gestión de los puertos de interés general.

2ª Las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus propias competencias pueden regular la particularización con respecto a lo que se recoge en el TRLCAP del contrato de concesión de obras públicas portuarias para adecuarlo a su forma de explotación o gestión, en especial, a la ordenación que de los servicios portuarios se contenga en su propia normativa.

Pensemos por ejemplo que una Comunidad Autónoma sobre la prestación de los servicios portuarios considere el carácter de servicio público de los mismos. Pues bien, la concesión de la obra pública portuaria respondería a un modelo contractual distinto que el regulado en la Ley 48/2003, situándose de nuevo más cerca de ese modelo contractual mixto de obra pública-servicio público, que la regulación que a continuación analizaremos que se recoge en el artículo 126 de la citada Ley.

La aplicación que del artículo 126 se pudiera hacer en relación con los puertos que no fueran de interés general sería un aplicación supletoria siempre y cuando el modelo del artículo 126 no fuera incompatible con la ordenación del tráfico portuario de la respectiva Comunidad Autónoma.

Por todo lo anterior, tanto para una aplicación directa del contrato de concesión como para una posible aplicación supletoria procedemos a estudiar el artículo 126, como modelo contractual particular respecto del general regulado en el TRLCAP.

III.3. OBRAS PÚBLICAS PORTUARIAS QUE CONSTITUYEN SU OBJETO.

En el apartado 2 del artículo 126 se nos dice:

“En el ámbito portuario, los contratos de concesión de obras públicas tendrán por objeto la construcción y explotación o solamente la explotación siempre que se encuentren abiertas al uso público o aprovechamiento general, de:

- *Un nuevo puerto o una parte nueva de un puerto que sean susceptibles de explotación totalmente independiente.*
- *Infraestructuras portuarias de defensa, de abrigo, de accesos marítimos, de muelles y otras obras de atraque”.*

A lo que hay que añadir que el objeto puede ser la construcción o solo la explotación de obras ya construidas, tal y como se dispone en el apartado 4, estando obligado el concesionario en este último supuesto a *“la conservación, reparación o reposición de la obra principal y de las accesorias conforme a lo previsto en la legislación general reguladora del contrato de concesión de obras públicas”.*

Como decíamos más arriba las obras públicas portuarias que han de constituir el objeto de este contrato no son todo tipo de obras públicas sino aquéllas que tienen una mayor relevancia y que son susceptibles de explotación económica. El objeto que puede tener este contrato, en relación con la obra pública, puede ser no solo la figura clásica de un nuevo puerto, ya sea de nueva construcción o ampliación de uno existente sino la construcción de nuevas partes del mismo, que sean susceptibles de explotación totalmente independiente, así como de infraestructuras portuarias de defensa, de abrigo, de accesos marítimos y de muelles y otras obras de atraque.

Estos nuevos objetos de la concesión de obra pública portuaria responden a nuevos supuestos no contemplados hasta ese momento. Y tienen una nueva consecuencia que no se puede escapar a nadie: si hasta ahora como hemos expuesto las concesiones demaniales en el ámbito portuario estaban más orientadas a la gestión indirecta de puertos deportivos, primero en el ámbito estatal y segundo en el autonómico, con la nueva Ley se permite la utilización de esta modalidad contractual para puertos de gestión directa, en relación con partes e infraestructuras portuarias del mismo, si reúnen el resto de los requisitos. Como señalábamos, esta nueva opción del legislador responde a procurar la financiación privada en este tipo de obras e infraestructuras.

Este precepto no añade de forma expresa nada más al requisito que prevé el artículo 220, en relación con el requisito de que la obra pública sea susceptible de explotación, si bien de los apartados siguientes del artículo 126 si incide en el mismo de forma implícita. Ese puerto, esa nueva parte del puerto o las infraestructuras portuarias tiene que ser susceptible de explotación ya que sino reúne este requisito la obra pública solo podrá ser objeto de contrata, es decir, del contrato típico de obra pública por el que se ejecuta la obra a cambio de un precio. Como se expuso más arriba en relación con la concesión de obra pública con carácter general no se puede confundir esta modalidad contractual con el contrato de obra pública en la que además del precio al contratista se le puede reconocer como parte de su contraprestación una concesión demanial, concesión de dominio público que no altera la naturaleza de contrato típico de obra pública. Esta inclusión de la concesión de dominio público que se recoge en el artículo 130 TRLCAP, también se regula para las obras públicas portuarias en el artículo 19 de la Ley 27/1992, en el apartado 4 introducido por la ley 48/2003, siempre que la obra pública no sea susceptible de explotación:

“En aquellos supuestos en que una obra pública portuaria, por su naturaleza y sus características, no sea susceptible de explotación económica por un concesionario, la Autoridad Portuaria podrá contratar

la construcción y la conservación de la obra pública, pudiendo otorgar como contraprestación al contratista una concesión de dominio público portuario regulada en el título IV de esta Ley”.

III.4. EL MODELO DE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA PORTUARIA: SU NATURALEZA JURÍDICA.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este contrato concesional, hay que decir que a diferencia de lo que se recoge en el artículo 220.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos respecto de las obras públicas objeto del contrato que deben ser *“necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general en este artículo 126”*, se concreta que las obras públicas podrán ser concesionadas *“siempre que se encuentren abiertas al uso público o aprovechamiento general”*.

Esta expresión que se recoge en el artículo 216 consideramos responde al modelo tradicional de concesión de obra pública, como en el caso de las autopistas, que al de una concesión mixta de servicio público, de acuerdo con el modelo de gestión de los puertos que se contiene en la Ley 48/2003. Dicho con otras palabras y recordando lo expuesto más arriba la presente concesión se ajusta más al modelo de las concesiones de obra pública decimonónica que a las nuevas concesiones de obra pública que la legislación de contratos pretende regular relacionadas no necesariamente con servicios públicos sino, incluso, con actividades económicas de interés general.

Este destino de las obras públicas portuarias se completa con lo dispuesto en el apartado 3, en su segundo párrafo que dispone:

“A estos efectos, se entiende por explotación de una obra pública portuaria la puesta a disposición de la misma a favor de los prestadores de servicios o de los usuarios de aquélla para su ocupación, utilización o aprovechamiento, a cambio de la correspondiente retribución económica”.

E igualmente lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo permite afirmar que en el ámbito de los puertos de titularidad estatal el contrato de concesión de obra pública portuaria no lleva aparejado la prestación de los servicios portuarios básicos, sino que los mismos serán prestados en la forma recogida en el Título III de la Ley 48/2003. Así se dispone que:

“El contrato de concesión de obras públicas portuarias no habilita al contratista para prestar servicios portuarios básicos sobre la obra que constituye su objeto.

La prestación de servicios portuarios básicos sobre esta infraestructura requerirá la obtención de la licencia correspondiente, de acuerdo con lo previsto en el título III de esta Ley”.

En definitiva, la concesión de obra pública portuaria regulada en el artículo 126 de la Ley 48/2003, no constituye un título para el uso privativo de la infraestructura, que permitiría restringir su aprovechamiento al ámbito empresarial y de actividad del concesionario, con carácter excluyente respecto de sus competidores que deberían obtener las utilidades derivadas de la infraestructura directamente de la Administración portuaria, sino meramente una gestión de esa infraestructura abierta necesariamente a todo usuario que reclamara su utilización mediante el abono de las tarifas establecidas. De esta forma se establece un uso público general imperativo, sin que ni siquiera el concesionario de obra pública se pueda reservar parcelas de esa infraestructura para su uso privativo. Serían por tanto de

aplicación de los principios de admisión universal, no discriminación, igualdad y continuidad de los servicios públicos.

III.5. EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA Y LA RETRIBUCIÓN DEL CONTRATISTA.

En relación con tales elementos del contrato de concesión de obra pública portuaria, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 126, no se hace ninguna particularización con respecto a lo dispuesto en el TRLCAP por lo que hemos de remitirnos en bloque al Título V del Libro II del TRLCAP.

III.6. LA CONCESIÓN COMO TÍTULO HABILITANTE PARA LA OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

El artículo 126 sigue diciendo, en su apartado 5:

“El contrato de concesión de obras públicas portuarias habilitará directamente para la ocupación del dominio público en el que deba construirse la obra pública portuaria que constituya su objeto, siendo de aplicación lo dispuesto en esta Ley a los efectos del régimen económico y de utilización del dominio público portuario estatal”.

Este apartado, en principio, fácilmente entendible puede suponer uno de los elementos más complicados a la hora de definir el régimen financiero del concreto contrato de concesión de obra pública, entre otras cosas, por su escasa regulación.

Sobre la aplicación de lo dispuesto en relación con la utilización del dominio ajustada a lo dispuesto en la Ley no tenemos nada que precisar. Pero la remisión que se contiene a los efectos del régimen económico es necesario interpretarla por cuanto una aplicación literal del precepto, sin matizaciones, pudiera conllevar que este modelo contractual fuera inviable desde un punto de vista jurídico y financiero.

La concesión demanial como hemos mantenido a lo largo de este estudio ha sido y sigue siendo la forma de gestionar no solo el dominio público incluido en la zona de servicio de los puertos sino los propios puertos de gestión indirecta. Esa concesión demanial siempre ha respondido, desde un punto de vista económico, al modelo de abono de tasa por la ocupación y aprovechamiento del dominio público, bien con el abono de las tasas correspondientes, bien mediante el abono del correspondiente canon por tales conceptos. Es en relación a este tipo de concesiones demaniales al que responde el actual Título I, Capítulo IV de la Ley 48/2003, en relación con la determinación de las tasas, en especial, la de ocupación y la de aprovechamiento del dominio público.

Sin embargo, el hecho imponible de ambas tasas responde mal al esquema contractual propio de la concesión de obra pública. Arriba decíamos que en esta concesión el objeto de la actividad del concesionario de obra pública no es la utilización del espacio concesional para prestar sus servicios o realizar su actividad empresarial —como puede ser el caso de las concesiones demaniales ostendidas por los titulares de licencia de prestación de servicios básicos— sino la explotación de la obra misma mediante el cobro de una tarifa a los terceros, sean usuarios o prestadores de servicios, como

forma de retribución por su construcción. Esta diferencia se revela esencial ya que el concesionario de obra pública no es más que un administrador de la infraestructura pública, sin que sea él quien obtiene directa utilidad de la misma. En otras palabras, asume, mediante una interposición, la posición de la Administración Portuaria respecto de la obra pública por él financiada y construida. De ello va a derivar que en estos casos, la retribución del concesionario de obra pública necesariamente va a venir a sustituir a la que obtendría la Administración portuaria en caso de ser ella directamente quien gestionara la infraestructura.

Y sin perjuicio del desarrollo que merecería un estudio de esta cuestión, podemos afirmar que ni la tasa de ocupación privativa del dominio público ni la tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios deben ser exigibles al concesionario de obra pública portuaria. Respecto de la primera por cuanto no hay en esta concesión una ocupación privativa del dominio público ni utilidad directamente derivada del mismo para su titular; el demanio se halla abierto al público general, siendo los usuarios y prestadores de servicios los que obtienen una utilidad o ocupación. Por ello el concesionario, pudiera mantenerse, que no deba abonar tasa alguna por la ocupación de la lámina de agua que comporta la concesión. Y respecto de la segunda tampoco ha de resultar exigible por cuanto el concesionario ni presta servicios ni ejerce actividades en el ámbito portuario.

Ahora bien, dicho lo anterior, la prestación de servicios portuarios así como el desarrollo de la actividades industriales y comerciales en la obra pública objeto de la concesión, en principio sí que habría que señalar que estarían sujetos a lo dispuesto en relación con el régimen económico del dominio público portuario, devengado la correspondiente tasa.

No podemos detenernos más en este apartado si bien su importancia lo requeriría, y debemos finalizarlo, insistiendo en que la consideraciones anteriores son válidas exclusivamente para el ámbito de los puertos de interés general dado el diseño que de la explotación de los mismos hace la propia Ley 48/2003.

III.7. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS BÁSICOS.

Todo lo dispuesto más arriba se entiende siempre que la concesión de obra pública portuaria no lleve aparejada la licencia o conjunto de licencias para la prestación de los servicios portuarios, como parece que sería la regla general, apartado 6.

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 126 los pliegos de condiciones pueden prever la figura de un único prestador de los servicios portuarios pudiendo corresponder a el concesionario o un tercero designado por éste.

“En los pliegos de condiciones de las concesiones de obras públicas portuarias que vayan a servir de soporte para la prestación de servicios portuarios básicos, deberá señalarse expresamente si se va a admitir la utilización de la misma por todos los titulares de licencias o por un único prestador. En el primer caso, se impondrá al adjudicatario la obligación de admitir la ocupación o utilización de la obra por los titulares de licencias de prestación de servicios portuarios básicos abiertos al uso general a cambio de la correspondiente retribución económica. En el segundo supuesto, cada licitador deberá señalar expresamente si, en caso de resultar adjudicatario, va a prestar por sí o a través de un tercero tales servicios. En cualquier caso, la Autoridad Portuaria deberá establecer las previsiones que garanticen que la prestación de los servicios portuarios básicos se hará respetando lo establecido en el título

III de esta Ley. Todo ello deberá estar contemplado en la documentación que apruebe la Autoridad Portuaria para la licitación, en la que constituye la oferta de cada licitador y, finalmente, en el propio contrato”.

La ocupación del dominio público portuario propia de la concesión de obra pública portuaria si que toma desde ese momento el carácter de privativo y reporta un utilidad para el concesionario que explota empresarialmente la concesión de obra pública. En este supuesto lo dispuesto más arriba respecto del régimen económico debe sufrir necesariamente variaciones, sin descartar de forma indiciaria que en tales casos tampoco hubiese necesariamente que abonar tasa por aprovechamiento especial del dominio público por cuanto la configuración que pretende la ley del contrato de concesión de obra pública es tan amplia que la exclusividad que se ele reserva en relación con la prestación de servicios portuarios puede ser entendida como una forma de retribución a favor del concesionario.

III.8. PLAZO DE LA CONCESIÓN.

En relación con el plazo de la concesión de una primera lectura podemos entender que no plantea novedad alguna en lo que se refiere a la duración del plazo con respecto a lo dispuesto en el artículo 263 del TRLCAP, con la posibilidad de ampliación hasta los 60 años por las causas legalmente tasadas.

Sin embargo, la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, no establece el plazo de los 15 o 20 años previstos en el citado artículo del TRLCAP en relación con los contratos de concesión de obra pública que solo tenga por objeto la explotación de la citada obra pública. Entendemos que tales plazos vinculan igualmente al presente contrato de concesión de obra pública portuaria cuando sólo lleve aparejada la explotación de la misma por cuanto una interpretación a sensu contrario llevaría aparejado considerar que el Estado si puede modificar su legislación básica en materia de contratos en relación con los puertos de interés general y que la correspondiente Comunidad Autónoma no podría apartarse del plazo establecido en el artículo 263 a la hora de regular la concesión de obra pública portuaria adecuada a sus puertos.

IV.- CONCLUSIÓN FINAL.

El contrato de concesión de obra pública portuaria regulado en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, responde a una nueva modalidad contractual distinta de la tradicional concesión demanial, que tiene por objeto la construcción y explotación o solo la explotación, así como la conservación y ampliación de los puertos o instalaciones portuarias cualificadas en el ámbito portuario. Es una modalidad que responde al modelo de explotación de los puertos de interés general que se regula en la citada Ley, por lo que no es necesariamente extrapolable al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas.

Y si bien es un modelo que responde, en líneas generales, al modelo conformado en el Título V del Libro II del TRLCAP, presenta matizaciones por el concreto ámbito sectorial del que se trata que precisan de un estudio y desarrollo detallado. En particular el régimen retributivo del concesionario, en relación con el régimen económico propio del dominio público portuario, precisa de un estudio muy detallado, a la espera de un posible desarrollo reglamentario.

Mientras llega ese desarrollo reglamentario, han de ser los pliegos de cada una de las concesiones los que aborden dicha problemática, sin que se pierda de vista la utilidad de la figura concesional y lo que se pretende con la misma: la construcción de un puerto con financiación privada y que por medio de la explotación de la citada obra pública portuaria, a su riesgo y ventura, el concesionario amortice la obra realizada y obtenga el correspondiente beneficio industrial

Sujeción de Entes Públicos Portuarios Autonómicos al Impuesto de Sociedades

José M^a Rodríguez Gutiérrez

Abogado

Letrado Jefe de Asesoría Jurídica - Empresa Pública de Puertos de Andalucía

La administración portuaria autonómica mantiene con la Administración Tributaria del Estado una doble controversia en materia de impuesto de sociedades, al postular con carácter principal que aquellos que de sus ingresos tengan naturaleza tributaria, específicamente tasas, no constituyen hecho imponible del impuesto, y en consecuencia no deben ser considerado renta, y adicionalmente, reclamar la aplicación del régimen de exención parcial de Puertos del Estado, y de las Autoridades Portuarias del propio Estado.

Respecto a la consideración como renta de los ingresos de naturaleza tributaria, específicamente tasas, indicar que el artículo 10.3 de la ley del impuesto de sociedades establece que la base imponible se calculará de acuerdo con los criterios del código de comercio.

Advirtiendo de la obviedad de la conclusión, el catedrático de derecho financiero y tributario, Don Francisco Escribano, en su informe sobre el régimen tributario de la administración portuaria autonómica, indicaba que los ingresos de naturaleza tributaria no están en el ámbito de las exenciones por no estar sujetos, refiriéndose a la falta de cuenta en el plan general de contabilidad, susceptible de incluir los ingresos tributarios, y ello es así por no constituir ingresos de explotación, y por tanto renta.

En relación con el régimen de exención parcial de Puertos del Estado, y de las Autoridades Portuarias del propio Estado, indicar que el art 2, apartado uno de la ley 24/2001, de 27 de diciembre, BOE 313, de 31 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, y del Orden Social, modificó el art 9 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, estableciendo una relación de entidades exentas, entre las que en el apartado 3 f, reseñaba la exención parcial de la Entidad de derecho público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, en los términos previstos en el capítulo XV del Título VIII de la referida Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Dado el régimen transitorio previsto en la ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), la exención vigente con carácter previo, se extinguió con efecto del año 2000.

A tal efecto, la reforma de ley 24/2001, de acuerdo con la disposición final tercera, dos, estableció el carácter retroactivo de la misma, año 2000, al ser de aplicación a los periodos impositivos cuyo plazo reglamentario de declaración finalizare a partir del 1/I/01.

La ley 48/03, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general ratifica tal situación, al establecer en su artículo 45 que las Autoridades Portuarias y Puertos del

Estado quedan sometidas al mismo régimen tributario que corresponde al Estado, sin perjuicio de la aplicación a dichas Entidades del régimen de entidades parcialmente exentas en el Impuesto sobre Sociedades, a cuyo efecto los ingresos por la prestación de servicios comerciales tendrán la consideración de ingresos procedentes de explotaciones económicas.

La Dirección General de Tributos respondiendo a consulta librada al efecto rechaza el reconocimiento del régimen de exención parcial del impuesto de sociedades a las administraciones portuarias autonómicas, en los mismos términos que la Entidad de derecho público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

Tal posición es susceptible de ser considerada contraria tanto al principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, consagrado en el art 156 de la Constitución, como a las normas Comunitarias, reguladoras de la competencia.

Las razones aducidas al respecto por la Dirección General de Tributos se concretan en las siguientes:

- Supresión mediante la ley 6/97, LOFAGE, del art 6. 5 de la Ley General Presupuestaria.
- Supresión mediante la ley 66/97, de medidas fiscales, de la anterior exención genérica del art 9 f del impuesto de sociedades, que consideraba entidades públicas exentas las del anterior art 6. 5 de la Ley General Presupuestaria, y las de análogo carácter de las Comunidades autónomas y entidades locales.
- Sustitución de tal sistema genérico, por el de una relación nominada de entidades exentas.
- La expresión “Autoridad Portuaria” se refiere exclusivamente a entidades del sector público estatal.

Indicar, preliminarmente, que esta última consideración, negando el carácter de “Autoridad Portuaria” a entes autonómicos contradice resoluciones previas de la Administración tributaria del Estado, que ha reconocido con anterioridad el derecho a la devolución de pago realizado a cuenta del Impuesto sobre sociedades, en base a su carácter análogo del ente autonómico con el Ente Público Puertos del Estado.

Adicionalmente, la propia Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, señala en su Exposición de Motivos que la denominación “autoridad portuaria” ha sido “acuñada internacionalmente para los órganos de gestión de los puertos”, lo que evidencia que no se trata de un término exclusivo de tales organismos estatales.

Relevante resulta asimismo señalar como la Dirección General de Tributos, omitiendo pronunciarse sobre las premisas que sostienen la reclamación autonómica, a saber, las antedichas imputaciones de inconstitucionalidad, e incompatibilidad con las normas comunitarias de competencia, indicia una plena conciencia respecto a la no sujeción a derecho de su posición.

Señalar al respecto el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas señalando la equiparación entre el Estado y Comunidades Autónomas a efectos de un idéntico tratamiento fiscal.

En este sentido se pronunció el propio Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de noviembre de 1990 en relación a un servicio público (radio-televisión) prestado por diversidad de entes públicos (Estado Radio Televisión Española y la Televisión Vasca, Euskal Irrati Telebista), equiparando el régimen

tributario aplicable a ambos entes en función de la equiparación tributaria aplicable al Estado con las Comunidades Autónomas.

Detengámonos, pues, en los fundamentos de la referida crítica.

– Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.

El art 157 1 b de la Constitución, en desarrollo del principio de autonomía financiera a que alude el art 156, establece como recursos de la Comunidad Autónoma sus propios impuestos, tasas, y contribuciones especiales, y en tal sentido, gravar en el impuesto de sociedades los ingresos con naturaleza de tasa, ha de considerarse como inconstitucional, al suponer la detracción por parte del Estado de recursos propios de la Comunidad Autónoma.

– Vulneración de normas reguladoras de la competencia.

La actividad de prestación de servicios a la flota pesquera y deportiva se realiza en régimen de competencia entre los distintos puertos, autonómicos y estatales.

La discriminación entre los entes públicos gestores de las instalaciones portuarias, en función de su adscripción al Estado o las Comunidades Autónomas, afecta a dicha competencia, sin que la posición de la Dirección General de Tributos detalle causa alguna de tal discriminación, que debe considerarse directamente arbitraria.

Si bien es cierto que los entes públicos no pueden considerarse como titulares del derecho fundamental a la no discriminación, esto no es así respecto de las empresas públicas que actúan en el mercado de bienes y servicios y que, como tales, entran en el marco de aplicación de las normas del TCE en las mismas condiciones que los demás agentes económicos que operan en el mercado interior.

Partiendo de la consideración de las entidades públicas gestoras de las instalaciones portuarias como «empresas», las líneas básicas de argumentación serían el abuso de posición dominante y el desvío de poder.

El concepto de empresa

Aunque el TCE se refiere a la noción de empresa en un cierto número de artículos (43, 81-1º y 3º, 82, 86, 148 y 1579), no llega a establecer un concepto concreto de la misma en ninguno de ellos.

Ha sido el TJCE el que ha ido fijando en su jurisprudencia el perfil de la entidad empresarial. Así en la sentencia *Klockner Werke* (Rec. 1962, p. 619) considera que “la empresa está constituida por una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales, vinculados a un sujeto jurídicamente autónomo y que persigue de forma duradera un fin económico determinado”, criterio que se concreta en la sentencia *Grundig-Consten* (Rec. 1966, p. 429) al entender que, con independencia de la forma jurídica o la búsqueda de beneficios, las empresas son personas jurídicas que participan de forma activa e independiente en la actividad económica.

El TJCE sigue desarrollando este concepto en la interpretación que realiza en la sentencia *FEDE-TAB* (Rec. 1980, p. 429) al estimar que el art. 85-1º (81-1º actual) TCE es igualmente aplicable a

las asociaciones sin finalidad lucrativa, en la medida en que su actividad económica tienda a producir efectos en el mercado de bienes y servicios. No es necesario que la entidad persiga un objetivo de lucro. Es suficiente con que se integre en el proceso económico de producción o de distribución y venta.

Esto lleva a considerar a numerosos autores que, para el Derecho Comunitario, la empresa es una entidad que presupone la existencia de un sujeto jurídicamente capaz y económicamente autónomo que, para ser relevante a los fines del TCE, debe estar en situación de incidir en el tráfico comercial de manera apreciable, para lo cual deberá ser susceptible de desarrollar una actividad directa respecto de la producción o del intercambio de bienes y servicios.

La actuación de las Autoridades Portuarias del Estado respecto de la ocupación del dominio público portuario y de la prestación de servicios para el desarrollo de actividades pesqueras y deportivas responden a circunstancias similares a las de las administraciones portuarias autonómicas, ejerciéndolas en régimen de competencia.

La discriminación entre las entidades públicas gestoras de las instalaciones portuarias, en función de su adscripción al Estado o a las Comunidades Autónomas, afecta a dicha competencia, haciendo asimilable la actuación del Estado al tipo de abuso de posición dominante previsto en el art. 82 TCE, puesto que tiene facultad para ejercer una influencia irresistible y, en principio, previsible en el funcionamiento del mercado, determinando de forma decisiva el comportamiento de las demás empresas, entrando en la concepción del TJCE en la sentencia *United Brands* (Rec. 1978, p. 207) cuando considera que esa posición es abusiva si le otorga el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el sector de mercado en cuestión, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes con respecto a los competidores, los clientes y los consumidores, produciéndose el abuso (y, por lo tanto, la infracción del art. 82 TCE) cuando la empresa que tenga tal posición la utilice para obtener ventajas que no tendría en una situación de competencia practicable y suficientemente eficaz.

De igual manera, en la sentencia *Michelin* (Rec. 1983, p. 3461) el TJCE estima que el abuso de posición dominante se refiere a los comportamientos de una empresa susceptible de condicionar el funcionamiento de un sector de mercado en el que, precisamente como consecuencia de la presencia de dicha empresa, el nivel de competencia está ya debilitado, por lo que tales comportamientos tienen como efecto constituir un obstáculo para el mantenimiento o desarrollo de la competencia a causa del empleo de medios diferentes a los utilizados por una empresa en una situación normal de mercado.

El desvío de poder

En principio, la utilización de las normas de imposición de cargas tributarias son resultado del ejercicio legítimo de una competencia del Estado. Pero en el caso en que entidades del propio Estado llevan a cabo actividades de carácter empresarial, incidiendo en el mercado de servicios, dicha imposición puede constituir en la práctica un supuesto de desvío de poder.

El desvío de poder constituye un motivo determinante de la ilegalidad de un acto. El art. 230-2º TCE lo establece expresamente como motivo de recurso de anulación de los actos de las instituciones comunitarias, pero es aplicable igualmente a todo acto adoptado por cualquier institución pública que redunde en un incumplimiento de las normas del TCE.

Supone la actuación de un órgano que esté vinculado a una situación material en la que tenga competencia, en función de la cual se ha adoptado el acto, para reconducirla de manera contraria al Derecho Comunitario, afectando directamente a los intereses en presencia.

El TJCE, en la sentencia Comitología (Parlamento Europeo/Consejo, Rec. 1988, p. 1034), estima que existe desvío de poder cuando una institución ejerce sus competencias con el objeto exclusivo, o al menos determinante, de alcanzar fines distintos de los alegados para adoptar el acto o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el TCE para hacer frente a las circunstancias de esa situación.

El hecho de estar compitiendo con otras entidades que actúan en el mismo ámbito y con prácticas de igual naturaleza y, al mismo tiempo, ejercer sus competencias para imponerles cargas tributarias discriminatorias, desvirtúa esta última actuación y da lugar a la aparición de unos actos por los que las entidades estatales adquieren ventaja sobre las autonómicas de forma injustificada, deslegitimando el uso de la citada competencia, que en realidad se utiliza para que las entidades autonómicas resulten perjudicadas de una forma artificial y no como resultado de su gestión al actuar en el mercado de bienes y servicios.

