

Voto particular que formula la Magistrada doña Elisa Pérez Vera respecto de la Sentencia del Pleno de este Tribunal dictada en el conflicto positivo de competencia núm. 2799-1998, al que se adhiere el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas.

Con el mayor respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en la Sentencia, me siento en la obligación de ejercitar frente a él la facultad prevista en el artículo 90.2 LOTC, con el fin de reflejar fielmente la posición que mantuve en la deliberación del Pleno, expresando a través de este Voto mi discrepancia con el Fallo y con los argumentos que lo sustentan.

1. Como se refleja en el texto de la Sentencia apoyado por la mayoría la primera cuestión a dilucidar ha sido la de si estábamos o no ante un auténtico conflicto positivo de competencia, o bien ante un problema de interpretación y aplicación de la legalidad para cuya resolución este Tribunal carece de jurisdicción.

Puedo compartir sin dificultad la doctrina que postula una concepción amplia de los conflictos positivos de competencia en los términos fijados en el FJ 3, no así la aplicación que de la misma se hace. En efecto, señala la Sentencia que, “a juicio de la entidad demandante, el exceso de los límites competenciales se habría producido al pretender ejercer el Gobierno de Aragón [...] el derecho de retracto sobre unos bienes [...] en los que no concurrían los requisitos legales y fácticos que permiten ejercer tal derecho”, añadiendo que “[e]n el escrito de demanda se puntualiza que la petición formulada a este Tribunal no es la determinación de la titularidad de dichos bienes, sino la declaración de que la potestad administrativa de tutela sobre patrimonio histórico corresponde a la Generalitat en virtud de su Estatuto, como efectivamente se hace en el petitum de la demanda, en el que se solicita la consiguiente nulidad de las Órdenes impugnadas por estimar que vulneran el orden competencial” (FJ 4).

Así pues, la competencia reivindicada por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña es la referida a la protección de su patrimonio cultural (hoy recogida en el art. 127.1 EAC), sin que en su demanda planteando el conflicto de competencia se cuestione que el ejercicio por el Gobierno de Aragón del derecho de retracto se realiza en ejecución de la competencia

autonómica en materia de patrimonio histórico [art. 36.1 g), posteriormente art. 35.1. 33 EAAr], al amparo de lo dispuesto en el art. 38.4 de la Ley de Patrimonio Histórico Español (Ley 16/1985, de 25 de junio), a la que se refiere la STC 17/1991, de 31 de enero, cuando afirma que “los derechos de tanteo y retracto pueden ser ejercidos en idénticos términos por los demás organismos competentes para la ejecución de esta Ley (los de cada Comunidad Autónoma según el art. 6)” (FJ 18). En la actualidad, además, el EAAr, en la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, incluye entre las competencias exclusivas “respetando lo dispuesto en los artículos 140 y 149.1 de la Constitución”, la competencia sobre el patrimonio cultural en sentido amplio y “en especial las políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón” (art. 71.45ª), que se corresponde con el principio rector de las políticas públicas contenido en el art. 22 del propio Estatuto.

En suma, aunque las competencias de Aragón y Cataluña coinciden materialmente sobre unos mismos bienes (los procedentes del Monasterio de Sigüenza sito en Aragón, adquiridos por la Generalitat de Cataluña), los títulos competenciales que se pretenden ejercer por cada una de ellas son heterogéneos: si Cataluña alega la competencia para proteger el patrimonio, Aragón pretende la recuperación o regreso de ese mismo patrimonio situado fuera de su territorio. En tales circunstancias, en ausencia de mecanismos de cooperación entre Comunidades, el ejercicio por Aragón de la acción de retracto en los términos fijados por el legislador estatal hubiera debido permitir a los Tribunales ordinarios dar una respuesta jurídica a pretensiones que, desde el punto de vista competencial, encuentran perfecto acomodo en los respectivos Estatutos de Autonomía. Como dijimos ante una situación en la que también se planteaba el ejercicio de competencias autonómicas parcialmente heterogéneas, “[e]s innegable que a fin de cuentas existe un conflicto o controversia entre las dos Comunidades Autónomas, pero que no es ni puede ser de naturaleza competencial desde su perspectiva constitucional” (STC 195/2001, de 4 de octubre, FJ 3), por lo que también en el supuesto considerado nuestro fallo hubiera debido de ser de inadmisión por falta de jurisdicción de este Tribunal.

2. En rigor, en el punto anterior podía concluirse este Voto Particular. No obstante, en la medida en que la Sentencia de la que discrepo llega a una conclusión diferente, y lo hace a través de un determinado razonamiento, me parece necesario manifestar las razones de mi

discrepancia sobre ambos aspectos, incluso si aceptara a efectos dialécticos la existencia, como hace la mayoría, de un conflicto positivo de competencia.

Desde esta perspectiva mi apartamiento de la Sentencia se refiere tanto al criterio de solución, como al procedimiento seguido. Y es que, la Sentencia que analiza las Ordenes del Consejero de Educación y Cultura de la Diputación General de Aragón, que están en el origen de la controversia, para llegar a la conclusión de que se trata de “disposiciones” impugnables en vía de conflicto constitucional, (FJ 4), hace después un análisis de las competencias autonómicas en abstracto, sin ponerlas en relación con las Órdenes controvertidas. Ahora bien, resulta claro que las Órdenes en cuestión (las “disposiciones” impugnadas) en cuanto medidas de ejecución de una competencia autonómica, no pueden merecer reproche autónomo alguno, ya que habría que formularlo también respecto del precepto estatutario del que trae causa. Pero para llegar a tal conclusión el procedimiento debería haberse tramitado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 67 LOTC, “en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad”, puesto que no cabe duda de que “la competencia controvertida h[a] sido atribuida por una Ley o norma con rango de Ley”, que en este caso es, nada menos que la cabecera del ordenamiento autonómico. Ello hubiera permitido a este Tribunal conocer la posición del Abogado del Estado (no olvidemos que estamos ante unas normas incluidas en un Estatuto de Autonomía proclamado en una Ley Orgánica) al respecto, así como la de las instancias autonómicas no sólo sobre el ejercicio del derecho de retracto sino también sobre el alcance de las competencias asumidas en el Estatuto de Autonomía.

Al no haberlo hecho así, el criterio de solución adoptado me resulta inasumible tanto en sí mismo como en sus consecuencias. En sí mismo, porque al “concluir que en el presente caso prevalece la competencia que corresponde a Cataluña, a cuyo cuidado –y como resultado de las más diversas circunstancias- se hallan los bienes relacionados en las Órdenes dictadas por el Consejero de Educación y Cultura de la Diputación General de Aragón” (FJ 8), se está afirmando sin matices el criterio de la territorialidad como delimitador de las competencias autonómicas. Pese a ello, previamente, en el FJ 6, se rechaza el argumento utilizado por la Generalitat de Cataluña sobre la pretendida extraterritorialidad en el ejercicio de sus competencias por Aragón, recordando que es doctrina de este Tribunal que el principio de la territorialidad no puede ser interpretado “en unos términos que impidan a las instancias autonómicas, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones cuyas

consecuencia puedan proyectarse sobre otros lugares del territorio nacional [SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 5; 126/2002, de 23 de mayo, FJ 9 a); 168/2004, de 6 de octubre, FJ 4)]”. Resulta cuando menos sorprendente que reconociendo en teoría que una Comunidad Autónoma pueda ejercer acciones en relación con bienes situados fuera de su territorio, afirmemos sin ambages que “al ejercer su competencia sobre patrimonio histórico sobre los bienes que se hallan en su territorio –con independencia de cuál sea el origen de los mismos-, Cataluña viene cumpliendo la señalada función de preservación del patrimonio histórico y artístico de España, y resulta constitucionalmente congruente desde esta perspectiva [...] que los mismos permanezcan en la Comunidad Autónoma en que se encuentran” (FJ 8). Afirmaciones sobre una realidad fáctica que hubieran debido quedar extra muros de nuestro pronunciamiento y que se hacen, además, sin delimitar el alcance de la competencia aragonesa que, insisto, hubiera debido hacerse tramitando el conflicto como recurso.

Aún más graves resultan, en mi opinión, las consecuencias a que conduce el Fallo por el que se declaran inconstitucionales y nulas las Órdenes consideradas en la medida en que cercena, tras la tramitación de un procedimiento inadecuado, las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Aragón en su Estatuto de Autonomía, al imponer una interpretación restrictiva de su alcance, claramente contraria a su tenor literal.

3. De menor entidad, aunque no por ello de menor importancia, es mi objeción a que la Sentencia realice pronunciamientos que considero que exceden el ámbito de la jurisdicción constitucional, al interpretar instituciones legalmente configuradas cuyo alcance y significado corresponde en exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria, *ex art. 117 CE*. Así ocurre, en particular, cuando la Sentencia de la que disiento se adentra en la consideración del retracto afirmando que “la función que cumple el retracto en la legislación del patrimonio histórico es garantizar la protección de los bienes de esta naturaleza desde el entendimiento de que en determinadas ocasiones esta protección se va a realizar mejor en manos de la Administración. He aquí la finalidad de la atribución a las Comunidades Autónomas de la facultad de retracto, facultad que, de darse las circunstancias que precisaran de la actuación de preservación y protección del patrimonio, podrán, sin duda, ejercitarla frente a los particulares y frente a otras Administraciones públicas” (FJ 7).

Pues bien, entiendo que, en ausencia de connotaciones constitucionales, la utilización de la figura del retracto (como la de cualquier otra institución establecida por Ley) no debería condicionarse por el Tribunal Constitucional que, haciéndolo, ha excedido su jurisdicción.

Madrid, 18 de enero de 2012