

DICTAMEN JURÍDICO SOBRE EL CONFLICTO DE COMPETENCIAS PROFESIONALES EXISTENTE EN TORNO A LAS VISITAS GUIADAS AL PATRIMONIO CULTURAL

JESÚS MANUEL COCA LÓPEZ

PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD DE
CÓRDOBA

INFORME SOLICITADO POR APROHA (ASOCIACIÓN PROFESIONAL ESPAÑOLA DE HISTORIADORAS E HISTORIADORES DEL ARTE) PARA CLARIFICAR EL CONFLICTO DE COMPETENCIAS EXISTENTE ENTRE LOS GUÍAS DE TURISMO, LOS INTÉRPRETES DEL PATRIMONIO Y LOS DEMÁS PROFESIONALES QUE TRABAJAN EN LA DIFUSIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL



Córdoba, 14 de octubre de 2019

ÍNDICE

- 1. OBJETO DEL INFORME**
- 2. LEGISLACIÓN APLICABLE**
- 3. ANTECEDENTES DE HECHO**
- 4. PLANTEAMIENTO GENERAL**
- 5. SOBRE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**
- 6. SOBRE EL PERSONAL PROPIO DE LOS MONUMENTOS**
- 7. SOBRE EL ALCANCE DE LAS FACULTADES DOMINICALES:**
- 8. INTERPRETES DEL PATRIMONIO: EJERCICIO Y LÍMITES**
- 9. CONCLUSIONES**

1. OBJETO DEL PRESENTE DICTAMEN

- 1.1. El presente Informe tiene por objeto atender la consulta formulada por la Asociación Profesional Española de Historiadoras e Historiadores del Arte (aproha) sobre la posibilidad jurídica de la compatibilidad entre ambas profesiones en las materias que le son propias y en concreto a través de la figura del Intérprete del Patrimonio.
- 1.2. En particular, se desea conocer la posibilidad de determinar que las acreditaciones de Interprete del Patrimonio que ofrecen diferentes instituciones públicas, colegios o asociaciones profesionales, en particular Aproha, son válidas para ejercer la profesión de guía de turismo.
- 1.3. Demostrar que los propietarios de los bienes culturales, públicos o privados, pueden decidir libremente los medios y profesionales utilizados para la difusión de sus bienes, incluida la visita turística.
- 1.4. Demostrar que los ayuntamientos con conjuntos históricos declarados pueden decidir libremente sobre los medios y profesionales que pueden realizar visitas culturales o turísticas sobre los espacios públicos de estos conjuntos y establecer las condiciones o exigencias para ello que consideren oportunas.
- 1.5. Evidenciar que la labor de los guías de turismo no puede extenderse a las visitas que no estén destinadas específicamente a turistas ni tampoco a aquellas otras de carácter cultural cuyo contenido no sea el de dar información turística.

2. LEGISLACIÓN APLICABLE

- 2.1. La normativa estatal aplicable a la materia en examen es la siguiente:
 - Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español
 - Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985 (RPHE).
 - Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).
 - Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado
 - Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
 - Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
 - Ley 39/2015 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
 - Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
 - Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979 publicado en el BOE núm. 300 de 15 de diciembre de 1979
- 2.2. La normativa autonómica que regula esta cuestión es la siguiente:

- Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía (LPHA).
- Decreto 19/1995, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía (RPHA).
- Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas
- Ley 13/2011, de 23 de diciembre de Turismo de Andalucía.
- Decreto 8/2015, de 20 de enero, regulador de guías de turismo de Andalucía.
- Resolución de 19 de octubre de 1998, de la Dirección General de Bienes Culturales, por la que se da publicidad al Convenio de colaboración entre el Ministerio de Educación y Cultura y la Consejería para el desarrollo del Plan de Catedrales publicada en el BOJA núm. 142 de 15 de diciembre de 1998.
- Orden de 2 de abril de 1986, por la que se dispone la publicación del texto del Acuerdo sobre la constitución, composición y funciones de la Comisión mixta Junta de Andalucía-Obispos de la Iglesia católica para el patrimonio cultural publicada en el BOJA núm. 39 de 6 de mayo de 1986.

3. ANTECEDENTES DE HECHO

- 3.1. España es un país eminentemente turístico. Parece una obviedad pero resulta importante ponerlo de manifiesto. De hecho, en términos económicos supone el 10,9% del Producto Interior Bruto. El turismo es motor de la economía pero ni todo el sector está regulado de igual forma, ni con igual acierto ni mucho menos con igual espíritu, principalmente en las parcelas en las que se centra el presente trabajo.
- 3.2. En la actualidad existe una antinomia jurídica entre dos campos llamados a entenderse pues la colisión entre normativa turística y cultural necesariamente habrá de armonizarse. No puede comprenderse como, desde dos instancias diferentes de la misma administración pública, con competencias sobre la materia, pueda derivarse una esquizofrenia administrativa. Sobre el mismo presupuesto de hecho se irrogan competencias propias tanto desde Cultura como desde Turismo, con la desconfianza que genera para el administrado a la hora de interpretar la regulación quedando al albur del funcionario correspondiente la prohibición de según qué actividades en según cada provincia.
- 3.3 Cuestión similar se planteó con la Resolución de 25 de abril de 2013, del Patronato de la Alhambra y el Generalife por la que se acuerda publicar la normativa de visita y otros usos públicos en el recinto del conjunto monumental de la Alhambra y el Generalife y que ha sido resuelta por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia núm. 1167/2016 de 25 abril JUR\2016\145245 (“Sentencia de la Alhambra”), cuyo contenido será expuesto y tomado en consideración en el lugar oportuno del presente Dictamen.

4. PLANTEAMIENTO GENERAL

- 4.1. Se hace necesario de cara a una mejor comprensión lectora y claridad expositiva, anunciar, siquiera brevemente, los tres pilares sobre los cuales se ha de asentar el presente informe y las propuestas que en el mismo se realizan.
- 4.2. La idea sobre la que se apoya nuestro planteamiento viene precedida por la salvaguarda jurídica establecida en la Sentencia núm. 1167/2016 de 25 abril, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y viene referida a la posibilidad que establece el tribunal de la auto organización del Patronato de la Alhambra para la visita a quien crea más conveniente sea o no guía de turismo.
- 4.3 El presente dictamen tiene su justificación desde una triple perspectiva: la libre prestación de servicios que engloba la cualificación de la interpretación de los bienes integrantes del patrimonio histórico, la consideración de personal propio a los efectos turísticos de aquellas personas habilitadas que se acrediten para interpretarlos y, por último, las indudables facultades dominicales del titular del bien, que sólo pueden ser restringidas mediante ley.

5. SOBRE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

- 5.1 En un primer término hemos de dilucidar si los titulares de inmuebles incluidos en el Catálogo General de Patrimonio Histórico Andalúz pueden tener la facultad de establecer un régimen de visita propio y si dicho régimen estaría amparado por la libre prestación de servicios y si, la actividad propia de los guías de turismo, se podría incluir dentro de ese régimen o podría exceptuarse.
- 5.2 La respuesta a la primera cuestión ha de ser necesariamente que sí, y sin embargo, a la segunda cuestión, hemos de responder que no. La actual regulación de los guías de turismo encuentra su marco legal en el decreto 8/2015, de 20 de enero, regulador de los guías de turismo de Andalucía que en su artículo 2 dice:

Artículo 2. Definición de la actividad.

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, se considera actividad propia de las personas guías de turismo la prestación, de manera habitual y retribuida, de servicios de información turística a quienes realicen visitas a los bienes integrantes del Catálogo General del Patrimonio Histórico Andalúz. La habitualidad se presumirá respecto de quienes ofrezcan la prestación de este servicio a través de cualquier medio publicitario, o cuando se preste el servicio en dos o más ocasiones dentro del mismo año.

2. Quedan excluidas las funciones de divulgación y difusión desarrolladas por el personal al servicio de museos y conjuntos o instituciones del patrimonio, conforme a lo establecido en su normativa de aplicación.”

- 5.3. Y continúa a renglón seguido desarrollando una suerte de reserva de actividad –sin que propiamente pueda ser considerada como tal–:

Artículo 3. Acceso y ejercicio de la actividad propia de guías de turismo

1. Para el ejercicio de la actividad definida en el artículo 2, se deberá estar en posesión de la correspondiente habilitación otorgada por la Administración turística, que será obtenida en base a los procedimientos y a las condiciones que se regulan en este Decreto.

- 5.4. La anterior regulación no es sino el desarrollo reglamentario del artículo 54 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre de Turismo de Andalucía, que dispone:

Artículo 54. Guías de turismo.

1. Se considera actividad propia de los guías de turismo la prestación, de manera habitual y retribuida, de servicios de información turística a quienes realicen visitas a los bienes integrantes del Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, quedan excluidas las funciones de divulgación y difusión desarrolladas por el personal de museos y conjuntos o instituciones del patrimonio, conforme a lo establecido en su normativa de aplicación.

- 5.5. Una lectura apriorística de los artículos anteriores nos podría llevar a la creencia errónea de que sólo y exclusivamente aquellos que ostenten la condición de guías turísticos podrán prestar servicios de información turística en régimen de exclusividad, afectando negativamente a quienes el titular del bien considere aptos para la interpretación de la visita al monumento sin ostentar la titulación de guía de turismo o alguna acreditación específica.

- 5.6. En efecto, la posibilidad de exigir una acreditación específica para la realización de la visita responde al propio derecho europeo y, en concreto, a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado de interior define como servicio a “Cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración contemplada en el artículo 50 del Tratado”. Los servicios turísticos se engloban dentro de la Directiva porque expresamente lo reconoce el considerando 33 y expresamente a los guías turísticos:

“Los servicios destinados a los consumidores quedan también incluidos, como los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, y, en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad.”

- 5.7. Dicha Directiva se incorporó a nuestro ordenamiento a través de una serie de leyes, comenzando con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, donde se establece que, para la prestación de los servicios, basta con una declaración responsable o con una comunicación previa, dependiendo de la mayor o menor intensidad del carácter administrativo de la misma. No lo entiende así el profesor Fernández Ramos que considera que la profesión de guía turístico habrá de estar a la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005 y la Directiva 2006/100/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales¹ pero olvida que la directiva servicios, posterior en el tiempo a las anteriores, expresamente establece, en su considerando 33 antes transcrito, sujetos a los guías de turismo al ámbito de la misma
- 5.8. La propia Ley 13/2011, de 23 de diciembre de Turismo de Andalucía, establece en su exposición de motivos la necesidad de adaptar la entonces obsoleta ley andaluza de turismo por aplicación de la Directiva. La configuración de la libre prestación de servicios se articula desde una perspectiva interna, permitiendo a aquellas personas de nuestro ámbito autonómico la posibilidad de la prestación de servicios sin más limitación que lo establecido en la ley, y estableciendo la posibilidad de que esa misma prestación pueda desarrollarla cualquier ciudadano de un Estado miembro. No resulta por tanto ajeno al Derecho la posibilidad de que el titular del bien permita la libre prestación de servicios de aquellas personas que cumplan los requisitos cuya competencia sólo al titular le incumbe establecer.
- 5.9. A mayor abundamiento, traemos a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia núm. 1167/2016 de 25 abril JUR\2016\145245 (en adelante “Sentencia de la Alhambra”) que a la hora de determinar si afectaba a libre prestación de servicios la colocación de unos distintivos obligatorios para los guías e intérpretes concluye de manera categórica:

“- Apartado 4.1.1.1. Acceso a grupos.

Con alusión al Decreto 301/2002, de 17 de diciembre, de Agencias de Viajes y Centrales de Reservas así como de la Ley 13/2011 de Turismo de Andalucía, se concluye en la demanda que es inexistente "la obligación impuesta por el Acuerdo objeto del presente recurso, referente a que los miembros del grupo deban llevar algún signo distintivo del Agente Autorizado, imponiendo obligaciones para las Agencias de Viajes que no tienen ni apoyatura legal y que exceden claramente del ámbito de sus competencias." , conclusión esta que en modo alguno viene a poner de manifiesto infracción de la Ley, ni, por tanto, del principio de reserva de

¹ Fernández Ramos, Severiano (Coord.). Estudio sobre el Derecho del Turismo de Andalucía. 2017 Instituto Andaluz de Administración Pública, págs. 200-202

ley ni de jerarquía normativa. Nada se explicita al respecto, y, obviamente, no cabe equiparar el supuesto de norma que contravenga la Ley con el de norma que contenga previsiones no contempladas en la Ley sin ser de exclusividad de esta. Y, es más, por mera lógica elemental común y dada la particularidad del deber impuesto no puede reconocerse, tampoco lo dice la actora, que el mismo venga a perjudicar el derecho al libre ejercicio de la actividad empresarial".

- 5.10 A resultas de lo defendido por el Tribunal, podemos sostener que portar cualquier tipo de acreditación, en modo alguno, puede suponer menoscabo a la libertad de servicios; ora en su vertiente negativa, coartándola, ora en su vertiente positiva, ampliándola. Cuestión ésta que no es sólo patronímica del tribunal andaluz. Otros tribunales autonómicos, como es el caso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, entienden la profesión de guía de turismo en idéntico sentido al que aquí consideramos. De forma clara queda expresado en la STSJCat JUR/2014/236967. Sentencia 404/2014 de 4 de mayo:

*"La parte actora defiende que acreditado mediante certificación de la Direcció General de Turisme que los guías habilitados en Catalunya son 2.794, la conducta de la asociación recurrente, con 123 asociados, no pudo afectar de manera significativa a la competencia del sector, **máxime si se tiene en cuenta que siendo la profesión de guía turístico de libre ejercicio, pueden operar como tales personas no asociadas y no habilitadas.**"*

- 5.11 Considera el Tribunal catalán que la profesión de guía turístico es de libre ejercicio y la pueden ejercer personas no asociadas y no habilitadas, lo cual redundará más si cabe en la posibilidad de personal ajeno a la profesión de guías turísticos pueda desarrollar la actividad de interpretación, no suponiendo colisión alguna con el artículo 54 de la Ley de Turismo de Andalucía, puesto que la consideración de actividad propia no excluye que, en ciertas parcelas, dicha actividad pueda ser concurrente con la actividad de los guías de turismo.

- 5.12. Podría incluso colegirse que la exigencia de superar unas pruebas objetivas de conocimiento, en modo alguno, afectarían a la libertad de prestación de servicios. Esta afirmación no es gratuita: responde a la opinión expresa sobre este particular que ha hecho el TSJA en la anteriormente citada "Sentencia de la Alhambra". La normativa del monumento, en el apartado 4.1.1.1 d) para la acreditación de los guías e intérpretes dice:

"El Patronato de la Alhambra y Generalife podrá establecer criterios objetivos y de conocimiento del recinto, exigibles para poder ser acreditado conforme a lo indicado en los apartados anteriores. Tales criterios, en su caso, deberán ser publicados en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía"

- 5.13. Por su claridad expositiva e importancia transcribimos las palabras del TSJA en la Sentencia 1167/2016, de 25 de abril:

*“Tratándose del establecimiento de criterios objetivos exigibles para que los guías turísticos obtengan la acreditación ninguna incidencia puede tener, en lo que al respecto se pretende por la actora, la regulación sobre habilitación de aquellos que se contiene en la precitada Ley 13/2011 y Decreto 214/2002, de 30 de julio, regulador de los guías de turismo de Andalucía, pues, se ha de advertir que tal acreditación lo es sólo **"para poder desarrollar su trabajo en el interior del recinto de de la Alhambra y Generalife" de manera que ninguna relevancia puede presentar lo que en orden a la habilitación para el ejercicio de la actividad en general que se conceda por la "Administración turística."***

- 5.14. No obstante lo anterior, conviene hacer una serie de precisiones de cara a establecer dónde pueden encontrarse las debilidades de la postura sostenida, toda vez que aún no tenemos una respuesta jurisprudencial concreta sobre el particular. La habilitación de guía turístico se encuentra supeditada, en el caso de Andalucía, a un régimen autorizatorio *ex ante*, según la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas, cuyo Anexo I, apartado 106, referido a procedimientos regulados legalmente, establece como motivo que justifica este sistema de control previo, el siguiente:

“Patrimonio histórico, respecto a sus instalaciones, bienes integrantes del catálogo general del patrimonio histórico andaluz”.

- 5.15. Este control previo surge como consecuencia del requisito que establece la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de unidad de mercado que, de alguna forma, viene a unificar o servir de camino para alcanzar una homogeneización autonómica. Para la administración autonómica andaluza el mantenimiento de la habilitación como guía turístico responde a la necesidad y proporcionalidad establecida en el artículo 17 de la citada ley:

Artículo 17. Instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad.

1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen

(...)

Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

*b) **Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio***

histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

5.16. Podría argumentarse que una especial cualificación propia para la interpretación de un monumento privado, no puede quedar amparada o necesitada de una autorización administrativa *ex ante* basándose en la posibilidad de generar daños sobre el patrimonio artístico. Sostener lo contrario no sería ni necesario ni proporcionado, tal y como exige la ley.

5.17. Pero no es esta una idea huérfana o peregrina. Esta misma opinión es la que sostiene el Profesor Manuel Rebollo Puig, catedrático de Derecho Administrativo, que ya mantenía esta cuestión en el núm. 91/2015 de la Revista Andaluza de Derecho Administrativo:

“Incluso otras razones imperiosas de interés general de fronteras aparentemente más claras no dejarán de suscitar dudas. De nuevo, la referida ley andaluza suministra ejemplos sugerentes. Así, mantiene la autorización “habilitación de guía de turismo”; razón justificativa: “Patrimonio histórico respecto a sus instalaciones, bienes integrantes del catálogo general del patrimonio histórico andaluz”. ¿Realmente la actividad de estos guías turísticos puede causar “daños sobre... el patrimonio histórico-artístico”? En cualquier caso, esos daños justifican según la LGUM autorizaciones a las instalaciones o infraestructuras físicas, no a la mera actividad, que es lo que la ley andaluza sujeta a ese control administrativo. ¿No es lo cierto que la exigencia de habilitación para ejercer como guía de turismo obedece a razones distintas? Si acaso, por conectarlas con algunas de las imperiosas de interés general, se podrían invocar “objetivos de la política... cultural”. Pero recuérdese que, aunque tales objetivos son razones imperiosas de interés general, no son de aquellas pocas en las que la LGUM permite fundamentar el sometimiento a autorización”².

5.18. La tesis mantenida adolecería de una clara visión particular si no viniera refrendada por la interpretación que sobre esta materia han realizado tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como el Tribunal Supremo. Normativa que además contraviene la regulación europea y que podría desembocar en otra condena al Reino de España, como la recaída ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 22 de marzo de 1994, en el asunto C-357/92, Comisión contra el Reino de España. En aquella sentencia el Tribunal de Justicia declaró el incumplimiento por parte del Reino de España de determinadas obligaciones derivadas del Tratado de la

² “El estado autonómico tras la ley de garantía de unidad de mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional” Rebollo Puig, Manuel. Revista Andaluza de Administración Pública 91/2015 enero-abril pag.117

Comunidad Económica Europea en relación con la libre prestación de servicios por los guías turísticos y la capacitación profesional exigible a los mismos.

- 5.19. El propio Tribunal Supremo establece que la normativa autonómica no puede agotar el patrimonio histórico en cuanto reserva de actividad, pues de lo contrario estaría vulnerando expresamente la normativa europea y, en concreto, la sentencia del Tribunal de Justicia comentada en el párrafo anterior. En palabras de nuestro Alto Tribunal en STS 28 de octubre de 2009, Recurso de casación 1803/2007:

*“Añadiremos, por lo demás, que las exigencias derivadas de la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 1994 difícilmente se observarían si prosperase la interpretación que del texto reglamentario -correctamente anulado por el tribunal de instancia- propugnaban los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía en la contestación a la demanda. Defendían en este escrito procesal que la referencia o limitación del artículo 2 del Decreto a los "museos y bienes inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz" abarcaba la práctica totalidad de dicho patrimonio pues en aquel catálogo "se inscriben todos aquellos bienes que presenten una mínima relevancia". **Con ello venían a admitir, en definitiva, que el nuevo régimen normativo sobre la actividad de guías turísticos seguía reconociendo a éstos la reserva de información en las visitas a todos los museos y monumentos históricos, precisamente lo que la Comisión Europea calificaba como regulación que "vaciaría de contenido la sentencia del Tribunal de Justicia"***

- 5.20. Queda claro por tanto, que la actividad propia de los guías de turismo habrá de interpretarse a la luz de los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, donde expresamente se establece la libre prestación de servicios. Esta es la línea que marca el Tribunal Supremo en una reciente Sentencia de 13 julio 2015. RJ 2015\3926:

*“la actividad profesional de guía de turismo no constituye la regulación de un título profesional, pues se trata de «una licencia» subsiguiente a la acreditación de cuáles aptitudes y conocimientos, cuyo otorgamiento está directamente vinculado al interés público en la ordenación de turismo, **por lo que su regulación deberá ser compatible con la libertad de prestación de servicios reconocida en los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (RCL 2009, 2300)** (antiguos artículos 49 y 50 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y desarrollada en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que ha supuesto un cambio de paradigma en la intervención administrativa en el sector turístico, en el sentido de*

que las habilitaciones para el ejercicio de las actividades profesionales relacionadas con la información turística sólo perviven cuando están justificadas por razones imperiosas de interés general”.

- 5.21. Es más, debe repararse cuidadosamente en el hecho de que una cosa es que la legislación vigente imponga requisitos generales para el desempeño de una concreta actividad como es la de guía turístico, y otra bien distinta que el titular de un concreto bien establezca ciertas exigencias de cualificación o conocimientos para quienes accedan al mismo con el propósito específico de realizar la tarea de interpretar dicho bien a quienes lo visitan.

Se trata de un marco de relaciones no estrictamente vinculado por las normas comunitarias -ni por las leyes de transposición al Ordenamiento interno-, ya que lo relativo a la acreditación de dicha habilitación constituye una relación de carácter privado entre dos sujetos (el titular del bien y quienes lo visitan), en tanto que las normas europeas -el principio de libre prestación de servicios- afecta a las condiciones que el Derecho puede lícitamente imponer con carácter general para el ejercicio de una concreta actividad de servicios (la de guía turístico). Por consiguiente, no se puede predicar que la Directiva 123/2006/CE, y las Leyes 17/2009 y 14/2013, se apliquen lisa y llanamente a las relaciones que los titulares de los bienes entablan con quienes acceden a ellos, pues nos encontramos en un marco normativo diferente, que sólo se podría ver limitado en virtud de previsiones legales expresas que limitasen las facultades dominicales del titular, tal y como se expondrá con mayor abundamiento un poco más adelante.

6. SOBRE EL PERSONAL PROPIO DE LOS MONUMENTOS

- 6.1. En cuanto a la consideración que puedan tener aquellas personas que los titulares de los bienes autoricen a la interpretación de los mismos y si, durante la visita, ha de considerarse como parte del personal propio del bien, conviene recordar que el artículo 54 de la ley de Turismo de Andalucía establece una excepción que no resulta baladí:

“quedan excluidas las funciones de divulgación y difusión desarrolladas por el personal de museos y conjuntos o instituciones del patrimonio, conforme a lo establecido en su normativa de aplicación”

- 6.2. Al caso concreto, podríamos afirmar que aquellas personas habilitadas, y que se acrediten estarán realizando labores de divulgación y difusión como personal del patrimonio, según la normativa de aplicación, que no es otra que la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía, y la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español así como cuantos reglamentos las desarrollen.

6.3. Esta interpretación es coincidente con la de la propia Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, quien, a través del Patronato de la Alhambra y Generalife, en la resolución de un recurso de Alzada de fecha 29 de julio de 2013 referido a la adjudicación del contrato de Servicio de Gestión del Programa de Visitas, dice expresamente sobre la obligación de la habilitación de guías de turismo que:

“La propia LTA exceptúa de la consideración turística, las funciones de divulgación y difusión propias de los bienes incluidos en el CPHA y sus organismos de gestión...

... el personal que desempeña sus funciones al servicio del Patronato de la Alhambra y el Generalife se encuentra en este supuesto, incluidos los contratos que este organismo pueda establecer al efecto”

Obviamente, lo que es predicable del Patronato de la Alhambra, con mayor peso jurídico puede ser reproducido en cualquier otro bien de titularidad y naturaleza privada.

6.4. Además el término “personal” no se ha de entender como personas con vinculación laboral, sino -como expresamente contemplan la ley y el reglamento- que se encuentren al servicio del monumento conforme su normativa de aplicación. Pero además, si consideramos su normativa de aplicación, la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, de Patrimonio Histórico de Andalucía establece en el artículo 14.1:

“Las personas propietarias, titulares de derechos o simples poseedoras de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz, se hallen o no catalogados, tienen el deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se garantice la salvaguarda de sus valores. A estos efectos, la Consejería competente en materia de patrimonio histórico podrá asesorar sobre aquellas obras y actuaciones precisas para el cumplimiento del deber de conservación.”

6.5. Aquellas personas autorizadas por los titulares de los bienes podrán tener la catalogación de personal al servicio del monumento cuando desarrollen las funciones de divulgación y difusión, puesto que la institución de los mismos resulta del cumplimiento del “deber de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos de manera que se garantice la salvaguarda de sus valores” que expresamente requiere su normativa de aplicación, conforme la doctrina respaldada por la propia Administración autonómica en la resolución que se transcribe.

6.6. Pero además, ese personal no puede identificarse con los propios guías de turismo – figura distinta- sino que resulta de la aplicación de su propia normativa. En parecidos términos ha resuelto la sentencia de la Alhambra:

- Apartado 4.1.1.1. Acceso de Grupos. Apartado c):

No cabe equiparar lo que constituye identificación del guía o interprete de patrimonio con la identificación del Agente

autorizado por el que aquellos actúen. Por tanto, no puede tener acogida el argumento de la parte actora por el que se aduce que el Acuerdo impugnado regula en este aspecto "materias que ya son objeto de regulación legal, contraviniendo los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley."

7.- ALCANCE DE LAS FACULTADES DOMINICALES EN LOS BIENES CATALOGADOS COMO PATRIMONIO HISTÓRICO. DELIMITACIONES DE LAS CONDICIONES DE VISITA

- 7.1. Los bienes incluidos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz obtienen por el mero hecho de su inclusión, la consideración de Patrimonio Histórico. Uno de los condicionantes principales resultaría de la condición de turista del que los visita, condición que viene expresamente atribuida en el ámbito de aplicación de la Ley de Turismo de Andalucía, Ley 13/2011; En concreto en su artículo 2 c) que expresamente establece:

"La actividad que tiene por objeto atender alguna necesidad, actual o futura, de las personas usuarias turísticas o de aquellas otras personas que lo demanden, relacionada con su situación de desplazamiento de su residencia habitual y que, asimismo, haya sido declarada por esta Ley o por sus reglamentos de desarrollo."

No es sino requisito necesario, el hecho de que la actividad haya de serlo con motivo de su desplazamiento de su residencia habitual. Lo que, sensu contrario, destierra por imperativo legal, la aplicación de la ley de turismo a todas aquellas personas que no estén fuera de su residencia habitual.

- 7.2. Con arreglo a esta calificación pesan sobre los titulares una serie de deberes legales, y en particular, el de articular un horario de visita gratuita, conforme a lo previsto por el art.13.2 LPHE, que dispone:

"2. Asimismo, los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre tales bienes o quienes los posean por cualquier título, están obligados a permitir y facilitar su inspección por parte de los Organismos competentes, su estudio a los investigadores, previa solicitud razonada de éstos, y su visita pública, en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados. El cumplimiento de esta última obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la Administración competente cuando medie causa justificada".

- 7.3. No obstante, la Comunidad Autónoma de Andalucía asumió competencias exclusivas en la materia, y en particular, conforme al art.68.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía:

"Corresponde a la Comunidad Autónoma, salvo lo dispuesto en el apartado 2, la competencia exclusiva sobre:

1º Protección del patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1.28.ª de la Constitución”.

- 7.4. En ejercicio de las competencias autonómicas, se han incorporado al Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz, en virtud de la Disposición Adicional 3ª LPHA I, que dispone:

“Quedan inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz los Bienes de Interés Cultural declarados conforme a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, ubicados en Andalucía, así como los que tengan atribuida tal consideración, siéndoles de aplicación el régimen previsto en la presente Ley”.

- 7.5. En su virtud, las competencias ejecutivas referentes a los BICs son ejercidas por la Junta de Andalucía, quien dispone asimismo de margen para establecer particularidades derivadas de su derecho propio. En este sentido, el régimen de gestión de los BICs en la legislación andaluza es más beneficioso para los propietarios que el establecido en la legislación estatal. En efecto, el art.14 LPHA, al establecer las “Obligaciones de las personas titulares”, regula la fijación del horario de visita gratuita como un deber del titular, y por lo tanto la restricción de la visita – y por ende de su interpretación- resultaría contraria a derecho:

“Artículo 14 Obligaciones de las personas titulares (...)

1. Cuando se trate de Bienes de Interés Cultural, además se permitirá la visita pública gratuita, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados, constanding esta información de manera accesible y pública a los ciudadanos en lugar adecuado del Bien de Interés Cultural. El cumplimiento de esta obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico cuando medie causa justificada”.

- 7.6. En cambio, la legislación estatal exige la autorización previa del horario de visitas. Así se desprende de la Disposición Adicional 4ª RPHE, que desarrolla el art.13 LPHE y dispone:

“1. Los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre bienes de interés cultural deberán permitir la visita pública y gratuita de los mismos a las personas que acrediten la nacionalidad española.

2. Esta visita comprenderá la contemplación de tales bienes, con exclusión, en el caso de inmuebles, de los lugares o dependencias de los mismos que no afecten a su condición de bien de interés cultural. Respecto a su reproducción fotográfica o dibujada se estará a lo que determine el órgano competente para la protección

del bien, salvando, en todo caso, los eventuales derechos de propiedad intelectual.

3. La visita a que se refiere esta disposición se permitirá de acuerdo con un calendario y horario que deberá ser aprobado por el órgano competente para la protección del bien y, en el caso de inmuebles, se hará constar en un lugar visible que sea compatible con los valores artísticos de éstos.

- 7.7. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el régimen de los BICs establecido en la legislación estatal es una regulación mínima, lícitamente establecida en ejercicio de la competencia que atribuye el Estado el art.149.1.28ª CE, y que la legislación autonómica no puede reducir o desplazar dicho régimen de protección. En particular, se ha pronunciado recientemente, en su Sentencia 122/2014, de 17 de julio, acerca del deber de los propietarios de admitir la visita gratuita de tales bienes, indicando que la regulación de esta materia en la legislación estatal constituye un mínimo que las Comunidades Autónomas pueden ampliar, pero no reducir, a fin de garantizar el cumplimiento de la función social de la propiedad que recae sobre tales bienes. Conviene transcribir con cierta amplitud esta Sentencia (f.j.14), por cuanto que se pronuncia sobre aspectos que merecen ser tratados asimismo más adelante:

“De acuerdo con este criterio doctrinal, la función social última de los bienes que son portadores de valores singulares de carácter histórico, artístico o cultural, y en especial de los que por ser los más relevantes de entre ellos son declarados formalmente bienes de interés cultural, es asegurar que dichos valores puedan ser conocidos y disfrutados por todas las personas, en particular por las que integran ese grupo social cuyo esfuerzo colectivo está reflejado en tales bienes, siendo este fin último el que por otra parte justifica las medidas que se adopten para impedir su destrucción o deterioro. Por ello, configurar como vinculante un sistema de visita pública de mínimos, que impida que los bienes que hayan sido calificados formalmente de interés cultural queden completamente sustraídos al goce de todos aquellos que no sean sus titulares, es un medio necesario para garantizar esta función social y, por tanto, debemos entender que la sujeción de los bienes muebles y de los inmuebles de titularidad privada a un sistema de visitas de mínimos que dispone el art. 13.2 LPHE, sin prejuzgar el concreto régimen por no requerirlo la presente impugnación, se ajusta plenamente a la extensión limitada que tiene la competencia exclusiva estatal ex art. 149.1.28 CE.

Ahora bien, la regulación de la visita pública de los bienes declarados de interés cultural, más allá del régimen mínimo orientado a garantizar su función social, defendiéndolos así de esta clase de expoliación, puede sin duda servir a otras finalidades de entre las que son propias del patrimonio histórico, por lo que

las Comunidades Autónomas con competencia en la materia están habilitadas para proceder a tal regulación, siempre claro está que con ésta no se menoscaba la competencia estatal ex art. 149.1.28 CE que se materializa en el régimen de mínimos aludido.

(...)

Pues bien, la competencia que hemos dicho que tiene la Comunidad de Madrid para regular la visita pública en conexión con otras finalidades del patrimonio histórico distintas de la defensa frente a la expoliación le permitiría establecer un régimen de visita pública adicional al mínimo que fija el Estado para defender tales bienes de la expoliación, pero nunca desconocer ese mínimo y es claro, como ya razonamos antes, que, independientemente de cuál sea éste, los bienes muebles y de los inmuebles de titularidad privada no pueden sustraerse por completo al goce de todos aquellos que no sean sus titulares”.

7.8. Ante este escenario, cabe formular las siguientes consideraciones:

- 1) Es posible sostener que, en Andalucía, la determinación del horario de apertura gratuita de los BICs no está sometida a autorización administrativa, sino a una mera publicación del calendario y de los horarios de apertura, siempre que se respete el mínimo de cuatro días al mes que establecen tanto el art.13 LPHE como el art.14 LPHA. La doctrina del Tribunal Constitucional no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, limitándose a declarar conforme con el esquema de reparto competencial (y por consiguiente vinculante para las Comunidades Autónomas), tan sólo el mínimo de días de apertura, sin incorporar la sujeción a autorización previa que se contiene en el desarrollo reglamentario de la Ley. Con arreglo a esta interpretación, los propietarios de los bienes cumpliría sus obligaciones legales limitándose a publicar un calendario y horario de visitas gratuitas en el propio inmueble, sin necesidad de recabar autorización previa para implantar dicho horario.
- 2) El régimen de las visitas autorizadas en dicho horario se centra según la legislación estatal básica a la contemplación del monumento, por lo que, en principio, parecería admitirse la posibilidad de que el titular del bien establezca condiciones específicas a quienes deseen acceder al mismo a otros fines, y en particular, para el ejercicio de labores de interpretación y explicación del monumento.

7.9 No obstante lo anterior, ante la pregunta sobre la posible colisión entre la intervención administrativa en la gestión del bien –más allá de lo contemplado en la ley- y el Decreto 8/2015, de 20 de enero con el alcance de las facultades dominicales, se ha de responder que las dichas facultades dominicales se extienden o alcanzan a la posibilidad que, sobre divulgación y difusión del monumento, les confiere la propiedad del mismo, y ello en virtud de los argumentos jurídicos que a continuación se desarrollan.

7.10 El artículo 33 de la Constitución establece que:

- “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
- 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*
- 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública e interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.*

7.11. Ha sido objeto de discusión la reserva legal contenida en los artículos 33 y 53 de la Constitución. Algunos autores han entendido que sólo por medio de una norma con rango de ley se pueden establecer límites al contenido del derecho de propiedad, y que por tanto, la Administración no puede imponer limitaciones por vía reglamentaria como sería el caso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (Sentencia de 26 de marzo de 1987) ha declarado que la reserva de ley ha de entenderse en el sentido de que queda prohibida la deslegalización del contenido del derecho de propiedad o su regulación por medio de reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión que el legislador puede hacer a través de la ley al poder normativo de la Administración para completar la regulación.

7.12. Lo cual enfrenta directamente con la aplicación del artículo 3 del Decreto 8/2015, en cuanto a que afecta directamente al derecho de propiedad de aquellos titulares de bienes patrimonio histórico. Es decir, este reglamento es un reglamento *extra legem* de patrimonio y no regula las obligaciones de los titulares. Recordemos lo que dice:

“Artículo 3. Acceso y ejercicio de la actividad propia de guías de turismo.

Para el ejercicio de la actividad definida en el artículo 2, se deberá estar en posesión de la correspondiente habilitación otorgada por la Administración turística, que será obtenida en base a los procedimientos y a las condiciones que se regulan en este Decreto”.

7.13. Frente a ello el artículo 53 de la Constitución señala que:

“sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, entre los que se encuentra la propiedad, que se tutelarán mediante el recurso de inconstitucionalidad ante el TC”.

7.14 El Tribunal Constitucional ha declarado que por contenido esencial ha de entenderse aquella parte del contenido del derecho de propiedad que es absolutamente necesaria para que los intereses que dan vida al derecho resulten efectivamente protegidos o sin la cual el derecho pierde su peculiaridad o se desnaturaliza. Si una de las obligaciones como propietarios de este tipo de bien es procurar una adecuada difusión y divulgación del mismo, cualquier tipo de traba de esta naturaleza, no cabe duda, que desnaturalizaría el derecho de propiedad del bien.

- 7.15 En su virtud, es indudable que la Administración sólo puede limitar el derecho de propiedad en tanto en cuanto tenga una ley que le habilite lo que ha venido a llamarse como vinculación positiva a la ley. En palabras del Profesor Rebollo Puig:

“El fundamento para afirmar tal vinculación positiva de la administración es la ya aludida libertad genérica de los ciudadanos que consiste en justamente en poder hacer todo lo no prohibido por la ley o en virtud de la ley...

Así, la vinculación positiva de la Administración a la Ley en este ámbito no es más que la consecuencia ineludible de esa misma libertad, la otra cara de la misma moneda. Esto ha sido puesto de relieve por el TC (así, SSTC 83/1984, 101/1988, 93/1992 y 196/1997).

Concretando algo más el significado de esta vinculación positiva, digamos que supone que la Administración no puede, salvo que una ley de dé potestad para ello, imponer a los sujetos privados deberes ni obligaciones ni prestaciones ni restringir ni interferir negativamente en su libertad genérica ni en su autonomía (autonomía de la voluntad y dominical), ello aunque haya un interés general que lo justifique y ya pretenda establecerlo a favor de la colectividad, del mismo sujeto limitado o de otro sujeto privado”³

O en palabras del profesor Gamero Casado⁴:

“los poderes públicos sólo pueden hacer aquello que la ley les permite expresamente. Están sometidos a lo que se conoce como principio de vinculación positiva –positive Bindung- o vertiente positiva del principio de legalidad”

- 7.16. Aquí es preciso detenerse en la especial naturaleza de este tipo de bienes, puesto que en gran medida, la titularidad corresponde a la Iglesia Católica. Lo cual, a su vez, se acoge a las especialidades propias de de la categoría del bien. Dichas especialidades son, por una parte, el Acuerdo con la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales y el Acuerdo de Colaboración para el Plan Nacional de Catedrales entre el Ministerio de Educación y Cultura y la Conferencia Episcopal Española suscrito el 25 de febrero de 1997, y por otra parte, la creación de una comisión mixta Junta de Andalucía-Obispos de la Iglesia Católica, así como el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Educación y Cultura y la Consejería para el desarrollo del Plan de Catedrales

³ Rebollo Puig, Manuel y López Benítez, Mariano. Derecho Administrativo Tomo I, pag. 142-143 edit. Tecnos 1ª edición 2015.

⁴ Gamero Casado, Eduardo y Fernández Ramos, Severiano. Manual Básico de Derecho Administrativo, pag.68 edit. Tecnos 11ª edición 2014

- 7.17. Que los bienes de la iglesia han de enmarcarse dentro de este sistema regulador estando presidido por el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979 (publicado en el BOE núm. 300 de 15 de diciembre de 1979), que en su artículo 15 expresamente dice:

"La Iglesia reitera su voluntad de continuar poniendo al servicio de la sociedad su Patrimonio Histórico, Artístico y documental y concertará con el Estado las bases para hacer efectivos el interés común y la colaboración de ambas partes, con el fin de preservar, dar a conocer y catalogar este Patrimonio Cultural en posesión de la Iglesia, de facilitar su contemplación y estudio, de lograr su mejor conservación e impedir cualquier clase de pérdidas en el marco del artículo cuarenta y seis de la Constitución. A estos efectos, y a cualesquiera otros relacionados con dicho Patrimonio, se creará una Comisión Mixta en el plazo máximo de un año, a partir de la fecha de entrada en vigor en España del Presente Acuerdo".

- 7.18 Como consecuencia del concordato se firma el Acuerdo de Colaboración para el Plan Nacional de Catedrales entre el Ministerio de Educación y Cultura y la Conferencia Episcopal Española el 25 de febrero de 1997, que, en concreto, manifiesta:

"Que las catedrales son bienes inmuebles de excepcional importancia integrantes del patrimonio histórico español que deben ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios, o en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes".

- 7.19. Entiéndase que dicho acuerdo debe ser instrumentado a través de acuerdos parciales entre el Ministerio y cada una de las Comunidades Autónomas, con pleno respeto a la distribución constitucional y estatutaria de competencias entre las distintas entidades públicas, lo que resulta en la Resolución de 19 de octubre de 1998, de la Dirección General de Bienes Culturales, por la que se da publicidad al Convenio de colaboración entre el Ministerio de Educación y Cultura y la Consejería para el desarrollo del Plan de Catedrales (publicada en el BOJA núm. 142, de 15 de diciembre de 1998). Dicha resolución resulta reveladora puesto que establece que el Plan Director deberá ser aprobado en su integridad por los representantes del Ministerio de Educación y Cultura, de la Comunidad Autónoma y del Obispado, en el seno de una Comisión que se crea por la cláusula séptima, y que igualmente crea una comisión de evaluación encargada de velar por su cumplimiento, todo ello sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de Protección del Patrimonio Histórico atribuidas por los artículos 13.26 y 13.27 del anterior Estatuto de Autonomía para Andalucía.

7.20. En cuanto a la capacidad de establecer sus propios criterios para la salvaguarda y difusión del monumento por los titulares de los bienes, también resulta importante traer a colación la Orden de 2 de abril de 1986, por la que se dispone la publicación del texto del Acuerdo sobre la constitución, composición y funciones de la Comisión mixta Junta de Andalucía-Obispos de la Iglesia católica para el patrimonio cultural (publicada en el BOJA núm. 39 de 6 de mayo de 1986). En ella se considera que el patrimonio histórico, artístico y documental de la Iglesia Católica sigue siendo parte importantísima del acervo cultural de la Comunidad Autónoma, por lo que -teniendo en cuenta su finalidad primordialmente religiosa- el conocimiento, la catalogación, la conservación, el incremento y la puesta de tan valioso Patrimonio al servicio y disfrute de los ciudadanos, recuerda la necesidad de establecer políticas de colaboración, siempre respetando la titularidad de los bienes y supeditando dichas políticas a la aceptación por parte de la propia Iglesia. Como muestra de ello son los apartados *b)* y *c)* del artículo tres de dicha Orden, el cual, al establecer las funciones de la comisión mixta que se crea, establece que expresamente requieren de la autorización eclesiástica las siguientes determinaciones:

*“b) Fijar las condiciones que han de observarse en el uso que, **previa la autorización de la correspondiente autoridad eclesiástica**, haga la Junta de Andalucía de los Bienes Eclesiásticos para desarrollar actividades culturales.*

*c) **Proponer las condiciones de uso y disfrute por los ciudadanos de los Monumentos, Museos, Archivos, etc. de la Iglesia Católica**”.*

7.21. Resulta obvio, por tanto, que la autorización para la interpretación de los bienes por figuras distintas de los guías de turismo se enmarca dentro de las capacidades propias predicables de cualquier propietario puesto que así se extrae de la distinta normativa estudiada, y no sólo por lo que dicha normativa expresamente establece sino, precisamente, porque si la voluntad del legislador, autonómico y estatal, hubiera sido la de restringir las facultades de los propietarios en lo que respecta a la divulgación, difusión y salvaguarda de los bienes patrimonio histórico, así lo hubiese hecho expresamente mediante una norma con rango de Ley, tal y como exige la Constitución española.

7.22. Por último y como corolario final, transcribimos un último apunte de la Sentencia de la Alhambra, donde se afirma que sólo incumbe al Patronato del monumento establecer los requisitos para la visita que sean de su competencia, sin que ello suponga menoscabo o sanción alguna; dichos incumplimientos son referidos al desarrollo de la visita y los posibles requerimientos técnicos de la misma:

“Apartado 4.3.3.2. Incumplimiento por parte de un Agente autorizado o un Guía o Interprete del Patrimonio.

Puesto dicho apartado en relación con el apartado 3.2.1.2 del mismo acto necesariamente se ha de concluir en el sentido de que nada se dispone que suponga la arrogación de potestades sancionadoras por parte del Patronato de la Alhambra y el

Generalife, (PAG), y, ello, por cuanto que la consecuencia de que tratamos queda meramente vinculada al hecho del cumplimiento de requisitos cuyo establecimiento es competencia de aquel.”

8. INTÉRPRETES DEL PATRIMONIO: EJERCICIO Y LÍMITES

- 8.1. Sobre el ejercicio de la profesión de intérprete del patrimonio (y en particular de los historiadores/as del arte que ejerzan como tales) y su colisión con la normativa de turismo se ha ido desgranando a lo largo del presente estudio poniendo mayor o menor énfasis en la titularidad de los bienes objeto de la visita. Quedaría por resolver la posibilidad de realización de actividades de interpretación del patrimonio histórico a quienes realicen visitas a los bienes integrantes del Catálogo General del Patrimonio Histórico Andalúz cuando estos inmuebles sean de titularidad pública – en su interior- y la distinción propiamente dicha con la mera deambulaci3n exterior de los mismos.
- 8.2. En cuanto a la visita a los bienes integrantes del Catálogo General del Patrimonio Histórico Andalúz, parece ser que ambas actividades conviven y son compatibles y decimos parece ser por tres cuestiones fácticas indiscutibles: porque así lo recoge la pagina del IAPH, porque la propia administraci3n autonómica andaluza así lo ha considerado en alguna ocasi3n e incluso porque el borrador de ley de patrimonio histórico de Andalucía así lo contempla.
- 8.3. Retomemos aquí la definici3n que de los guías turísticos hace el artículo 2 el decreto 8/2015, de 20 de enero, regulador de los guías de turismo de Andalucía, donde delimita y acota el marco de actuaci3n de los guías de turismo, vedando a estos cualquier actuaci3n que exceda este ámbito y no estableciendo lo que se conoce como una reserva de actividad pues esta viene determinada por la normativa y jurisprudencia europea que se ha estudiado, siendo un servicio de libre prestaci3n.
- 8.4. Además de la propia definici3n se establece –como hemos visto- que el ámbito de actuaci3n de los guías queda delimitado a los servicios de informaci3n turística o servicios turísticos a aquellas personas desplazadas de su residencia habitual. Así expresamente aparece recogido en la definici3n que establece el artículo 2.c del la Ley 13/2011 de Turismo de Andalucía
- “La actividad que tiene por objeto atender alguna necesidad, actual o futura, de las personas usuarias turísticas o de aquellas otras personas que lo demanden, relacionada con su situaci3n de desplazamiento de su residencia habitual y que, asimismo, haya sido declarada por esta Ley o por sus reglamentos de desarrollo.”*
- 8.5. Queda pues expresamente vedada la actividad y servicios de guías turísticos a aquellos grupos y personas que no se hayan desplazado de su residencia habitual, lo cual en la práctica abarca grupos de escolares, asociaciones y cualesquiera otros que no tengan la consideraci3n de turistas a efectos de la Ley 13/2011 de Turismo de Andalucía.

8.6. Otro de los presupuestos legislativos se refiere al presupuesto material de la actividad.

La delimitación de la actividad de guía turístico sólo contempla la visita al inmueble objeto de inscripción y por visita se entiende el acceso al interior del mismo, es decir la visita por su propia definición establece el conocimiento del inmueble, conocimiento que por la propia característica de la vía pública exterior como paradigma de bien demanial sólo podrá entenderse como al interior pues hacer extensiva la delimitación a la visita exterior comprendería un uso común especial de la vía pública contrario a lo establecido en la ley. Podría colegirse que a los intérpretes del patrimonio nada les impide realizar la interpretación cultural de los monumentos desde el exterior de los mismos, sin realizar la visita como expresamente establece el decreto de Guías de Turismo, aun entendiendo que los destinatarios de la interpretación fueran turistas pues resulta evidente que de existir una reserva de actividad exclusiva para los guías –que como mantenemos resultaría contraria a Derecho-, esta no ampararía más de lo expresamente recogido en la norma que la contempla y carecería por su propia naturaleza de una ampliación análoga.

Igualmente no se puede considerar los conjuntos históricos –a fuer de estar incluidos en el catálogo- como un bien de carácter general que englobara el resto de los bienes ya que como establece el artículo 333 de nuestro Código Civil se consideran bienes:

Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación consideran como bienes muebles o inmuebles.

Resulta ocioso advertir que los conjuntos como tal no pueden ser objeto de apropiación y que por lo tanto, de la expresa dicción de la norma, sólo se contempla la visita-al interior- de los bienes –individualmente considerados- integrantes del Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz.

8.7 A todo lo anterior, habrá que sumar que la propia administración autonómica andaluza contempla como profesión independiente e incluso de futuro, la de intérpretes del patrimonio, tanto a través de la promoción de cursos propios del Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico⁵ como la consideración que hace en el Anteproyecto de ley por el que se modifica la ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía:

*Artículo 91 ter. Difusión e interpretación del patrimonio histórico.
La Administración Autonómica, con la finalidad de contribuir a la puesta en valor de los bienes integrantes del patrimonio histórico, a la calidad en la transmisión de su conocimiento, a la comunicación de sus valores y a una mayor concienciación en su*

5

<https://www.juntadeandalucia.es/cultura/redportales/comunidadprofesional/etiquetas/interpretes-del-patrimonio>

<https://www.juntadeandalucia.es/cultura/redportales/comunidadprofesional/sites/default/files/folleto-curso-interpretacion-patrimonio.pdf>

protección y conservación, promoverá que las actividades de difusión, interpretación, documentación y presentación al público sobre dichos bienes se realicen, por personas con titulación y experiencia en las materias, entre otras, de Arquitectura, Humanidades, Arqueología, Historia, Historia del Arte y Antropología, en función de la especialización sectorial de los bienes objeto de dichas actividades, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa reguladora del servicio de información turística para el desempeño de la actividad profesional de guías de turismo, y que particularmente se haga de manera que no se perpetúen los roles de género y pongan de manifiesto la contribución de la mujer en la cultura, en general, y en el patrimonio histórico, en particular.

Si bien, resulta muy ilustrativo, en tanto en cuanto que lo equipara a los guías turísticos el informe N 11/2018 del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 14/2007 de Patrimonio Histórico de Andalucía⁶. En el informe, se establece, sin género de dudas, que el supuesto establecido en la LGUM se refiere a daños físicos en el patrimonio y que en modo alguno se puede considerar como causa de interés general para una reserva de actividad de Guías de Turismo y mucho menos como leitmotiv de una habilitación para una profesión.

8.8 Como ya adelantábamos en el presente estudio y en repetidos informes ha advertido el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía sobre la normativa de guías turísticos en Andalucía, esta colisiona de manera frontal con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y en concreto con su artículo 17.1.b

1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurran los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización: (...)

b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse

6

https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/18/02/ConsejoDefensaCompetencia.pdf

mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

Colisión que habrá de resolverse a favor de la normativa estatal pues Según el Tribunal Constitucional, corresponde a la legislación básica “delimitar con alcance general el espacio normativo en el que las comunidades autónomas deben circunscribirse cuando ejercitan en defensa de sus intereses peculiares las competencias propias que tengan en relación con la materia que resulta delimitada por dichas normas básicas” (STC 69/1988, de 19 de abril, fundamento jurídico 5) entendiéndose por tanto que es posible, la concurrencia de la actividad de Guía de Turismo con la de Intérprete del Patrimonio, tanto en el exterior como en el interior de los bienes integrantes del Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz y de forma indiscutida si se cuenta con la autorización del titular del bien, ya sea éste público o privado, local o autonómico.

9. CONCLUSIONES

- 9.1. Consideramos que, conforme al Derecho aplicable en Andalucía, cabe defender que resulta perfectamente lícito que otros profesionales, en concreto los Intérpretes del Patrimonio (y dentro de éstos de forma específica a los historiadores/as del arte que ejerzan como tales), que cuenten con la autorización de los titulares de los bienes pueden desarrollar su labor cultural en los mismos.

Ahora bien, dado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre este punto, así como en atención a los precedentes administrativos existentes y al carácter polémico que entraña esta cuestión, entendemos que las autorizaciones habrían de otorgarse mediante acuerdos o convenios con los colegios profesionales correspondientes o con las asociaciones profesionales, amparando en este caso a sus colegiados o asociados.

- 9.2. En este supuesto, en virtud de las facultades dominicales del inmueble, se pueden establecer cualquier normativa o condición de visita que se tenga por conveniente, puesto que así resulta conforme a Derecho, según la jurisprudencia recaída en similares circunstancias.
- 9.3. En cuanto a la consideración del ámbito de aplicación de la Ley de Turismo esta sólo se aplicará a aquellas personas desplazadas de su residencia habitual no siendo por tanto materia de guías de turismo todas aquellas actividades culturales desarrolladas en los bienes integrantes del catálogo ajenas a la condición de dicho desplazamiento.
- 9.4. Conforme a los antecedentes administrativos y documentos con los que se ha trabajado se entiende que toda relación contractual con la administración pública para la interpretación de sus bienes faculta para ello sin necesidad de la previa autorización autonómica.

- 9.5. En cuanto al ejercicio como Intérprete del Patrimonio podrá realizarse en la vía pública sin más limitaciones que las generales de la propia vía y en el interior de los bienes integrantes del Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz si se cuenta con la autorización del titular del bien si entendiéramos como reserva de actividad la contemplada en el Decreto 8/2015, de 20 de enero, regulador de las guías de turismo de Andalucía. No obstante entendemos que la dicha reserva de actividad no es tal en tanto que ha de venir delimitada por la normativa y jurisprudencia europea de aplicación y por las normas con carácter básico del ordenamiento jurídico español.
- 9.6. De conformidad con el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía sobre la normativa de guías turísticos en Andalucía, entendemos que ésta colisiona de manera frontal con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y en concreto con su artículo 17.1.b en tanto en cuanto la exigencia de una habilitación es contraria a los principios de proporcionalidad y necesidad y en modo alguno amparándose en la posible generación de daños en el Patrimonio Histórico Artístico.

Cuanto antecede, salvo error u omisión involuntarios, constituye nuestra opinión sobre el tema informado, con arreglo a nuestro leal saber y entender, que gustosamente sometemos a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho y subordinamos a los criterios que la jurisprudencia pudiese establecer en el futuro.

Finalmente, se hace constar que el presente documento contiene información jurídica de carácter confidencial, representando el fruto del estudio y la experiencia sobre las cuestiones que se analizan. En consecuencia, la información y conclusiones que en el mismo se detallan, deberán ser empleadas, con carácter exclusivo, por la persona o personas en cuyo interés se ha emitido la presente opinión, sin que la misma, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, pueda ser objeto de aplicación a otros supuestos ni de difusión a terceros sin la previa autorización. Todo ello a efectos de evitar la incorrecta o desleal utilización de la información, cuestiones y conclusiones en ella contenidas.

COCA LOPEZ
JESUS MANUEL
- 30837459W

Firmado digitalmente por COCA
LOPEZ JESUS MANUEL - 30837459W
Nombre de reconocimiento (DN):
c=ES,
serialNumber=IDCES-30837459W,
givenName=JESUS MANUEL,
sn=COCA LOPEZ, cn=COCA LOPEZ
JESUS MANUEL - 30837459W
Fecha: 2019.10.25 09:25:08 +02'00'

Jesús Manuel Coca López

Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba