

---

# L'activitat de l'Administració

---

PID\_00239932

José Esteve Pardo

---

Temps mínim de dedicació recomanat: 7 hores



**José Esteve Pardo**

Catedràtic de Dret Administratiu de  
la Universitat de Barcelona.

## Índex

<b>Introducció.....</b>	<b>7</b>
<b>Objectius.....</b>	<b>9</b>
<b>1. L'activitat administrativa d'intervenció per raons de seguretat. De la policia administrativa a la gestió de riscos..</b>	<b>11</b>
1.1. Origen, evolució i característiques de la policia administrativa tradicional .....	11
1.2. De la policia administrativa a la gestió de riscos. De l'ordre públic al risc permès .....	12
1.3. L'autorització administrativa com a fórmula de determinació del risc permès .....	15
1.3.1. La determinació normativa del risc permès .....	15
1.3.2. L'autorització. Concreció singular mitjançant acte administratiu del risc permès .....	15
1.3.3. El procediment de l'autorització .....	17
1.3.4. Contingut i valor de l'autorització. El seu marcat caràcter declaratiu .....	18
1.3.5. Sobre la transmissibilitat de les autoritzacions. La distinció entre autoritzacions personals i reals .....	18
1.4. L'activitat administrativa de gestió de riscos .....	19
1.4.1. Gestió del coneixement sobre riscos. L'activitat de control i inspecció .....	20
1.4.2. Gestió del coneixement sobre tecnologies de reducció de riscos .....	21
1.4.3. La gestió del desconeixement i la incertesa. El principi de precaució .....	22
1.5. Ordres i prohibicions. La seva funció en la decisió i gestió de riscos .....	24
1.5.1. Les ordres i prohibicions com a determinació singular del risc permès .....	25
1.5.2. Les ordres com a instrument de gestió de riscos .....	25
<b>2. La supervisió administrativa d'activitats econòmiques i prestació de serveis per particulars.....</b>	<b>27</b>
2.1. La intervenció administrativa sobre activitats comercials i de serveis .....	27
2.1.1. El plantejament tradicional i la seva evolució diferenciadora .....	27
2.1.2. Les transformacions derivades del mercat únic europeu. La Directiva de serveis i el seu àmbit	28

d'aplicació. Exclusió de serveis d'interès general i mercats regulats .....	.....	.....
2.2. El règim de comunicació .....	.....	30
2.2.1. Antecedents .....	.....	30
2.2.2. Significat i característiques de la comunicació .....	.....	30
2.2.3. Comunicació i activitat inspectora de l'Administració .....	.....	31
2.2.4. Les limitacions de la fórmula de la comunicació i possibles vies de superació .....	.....	32
2.2.5. Les excepcions al règim de comunicació .....	.....	34
<b>3. Activitat inspectora i sancionadora. Les sancions administratives.....</b>	.....	36
3.1. La potestat sancionadora de l'Administració. Els problemes d'adaptació als principis de l'estat de dret .....	.....	36
3.1.1. Problemes d'adaptació .....	.....	36
3.1.2. Les explicacions de la potestat sancionadora .....	.....	37
3.2. Els continguts i aspectes materials de la potestat sancionadora. La seva relació amb el principi de legalitat .....	.....	38
3.2.1. La reserva de llei i el seu abast .....	.....	38
3.2.2. Principis de tipicitat i proporcionalitat .....	.....	39
3.2.3. El problema del <i>bis in idem</i> .....	.....	40
3.3. Aspectes procedimentals de la potestat sancionadora .....	.....	40
3.3.1. Les garanties procedimentals. La separació entre fase instructora i sancionadora .....	.....	40
3.3.2. La presumpció d'innocència i la presumpció probatòria de les constatacions realitzades per agents de l'autoritat .....	.....	41
3.3.3. Potestat sancionadora administrativa i jurisdicció penal .....	.....	42
<b>4. Activitat de foment. La subvenció.....</b>	.....	43
4.1. Caracterització i trajectòria històrica de l'activitat de foment ....	.....	43
4.2. Contingut i evolució de les mesures de foment .....	.....	44
4.2.1. Les mesures de foment en l'estat liberal i el període que el precedeix .....	.....	44
4.2.2. L'expansió de les mesures de foment de contingut econòmic al segle xx amb el desenvolupament de l'estat social .....	.....	45
4.2.3. La restricció del règim de subvencions al mercat únic europeu i la seva subjecció a un règim de lliure competència .....	.....	45
4.3. La subvenció. Naturalesa i règim jurídic .....	.....	46
4.3.1. Principis generals del règim de les subvencions. Publicitat i transparència .....	.....	46
4.3.2. Procediment .....	.....	47
4.3.3. Gestió, aplicació i reintegrament de la subvenció .....	.....	47

<b>5. Activitat de prestació. El servei públic.....</b>	<b>48</b>
5.1. La formació i evolució del concepte de servei en la societat industrial. La seva connexió amb el model d'estat social i l'Administració prestacional .....	48
5.1.1. L'aparició de la idea de servei públic com a resposta a les transformacions de la industrialització i urbanització .....	48
5.1.2. El concepte ampli de servei públic. La seva utilització com a criteri de definició del dret públic .....	50
5.1.3. L'Administració prestacional i la seva aportació a la teoria del servei públic .....	51
5.1.4. La correlació entre servei públic i mercat. El concepte estricte de servei públic com a serveis exclosos del mercat .....	52
5.2. El règim jurídic del servei públic. La seva declaració i formes de gestió. La gestió directa .....	54
5.2.1. Declaració i efectes .....	54
5.2.2. Formes de gestió dels serveis públics .....	56
5.2.3. La gestió directa .....	56
5.3. La gestió indirecta dels serveis públics .....	59
5.3.1. La concessió de serveis públics .....	60
5.3.2. El concert .....	64
5.3.3. Altres fòrmules de gestió indirecta de serveis públics ....	67
<b>6. L'activitat de regulació de sectors econòmics d'interès general.....</b>	<b>68</b>
6.1. La crisi i revisió del model de titularitat pública sobre serveis d'interès general i sectors econòmics bàsics .....	68
6.1.1. Plantejament. La liberalització de serveis i el seu lliurament a mercats subjectes a regulació pública .....	68
6.1.2. La crítica al model de titularitat pública .....	69
6.1.3. Les exigències del Tractat de la Unió Europea .....	71
6.1.4. La regulació com a nou tipus d'activitat administrativa per a preservar l'interès general en els serveis econòmics liberalitzats .....	71
6.2. El desenvolupament de l'activitat i les institucions de regulació als Estats Units d'Amèrica .....	72
6.2.1. Antecedents. El model de regulació en competència ....	72
6.2.2. El model tradicional de regulació de monopoli .....	74
6.2.3. El model vigent de regulació en competència .....	74
6.3. Les autoritats reguladores. Agències i altres instàncies amb poders de regulació .....	76
6.3.1. Autoritats reguladores especialitzades .....	76
6.3.2. Instàncies reguladores en l'organització administrativa ordinària .....	77
6.3.3. Reguladors privats? .....	77

6.3.4. La regla estructurant de la separació completa entre reguladors i operadors .....	78
6.4. Les potestats reguladores i els fronts sobre els quals es projecten: relació vertical entre operadors i usuaris i relació horitzontal entre operadors .....	79
6.4.1. Pressupòsits i finalitats de les potestats de regulació .....	79
6.4.2. L'eix vertical de la regulació. Regulador, operadors, usuaris. Els punts d'atenció .....	81
6.4.3. La regulació horitzontal. Les relacions entre operadors en el model de regulació en competència .....	82
<b>Exercicis d'autoavaluació</b> .....	85
<b>Solucionari</b> .....	89
<b>Glossari</b> .....	90
<b>Bibliografia</b> .....	91

## Introducció

Ens endinsem ara en l'estudi del que s'ha anomenat *l'activitat de l'Administració* o *l'activitat administrativa*.

En rigor, ja ens hem ocupat –i detalladament– de l'activitat de l'Administració en el primer curs d'aquesta assignatura *Dret administratiu I*. No és res més que l'estudi dels actes administratius o del procediment que segueix l'Administració per dictar-los, o dels mitjans per executar-los. Però aquest estudi se centrava en els aspectes formals, procedimentals, de l'activitat administrativa. Era el continent o embolcall formal de l'activitat, però no ens endinsàvem en el contingut. Es presentava així la teoria general de l'acte administratiu, però sense reparar en el contingut, que podia ser molt variat. L'embolcall formal de l'acte administratiu pot presentar continguts tan diversos com el d'una sanció administrativa, una subvenció, una autorització, una ordre, una concessió, etc. De manera que, pel conducte del procediment administratiu, i seguint els seus tràmits essencials, poden desenvolupar-se actuacions de l'Administració amb orientació i contingut molt diversos.

Atenent, com fem ara, als continguts, l'activitat de l'Administració s'ha pretès sistematitzar entorn de categories i classificacions tancades. Així, ha estat tradicional en la doctrina espanyola classificar l'activitat administrativa en activitat de policia, activitat de foment i activitat de servei públic. Una classificació il·lustrativa, ja que encerta a expressar una graduació, de menys a més, del protagonisme de l'Administració.

En l'**activitat de policia** aquest protagonisme administratiu és secundari, subordinat a l'acció dels particulars; l'Administració només intervé quan el marc, l'ordre, el mercat de l'activitat dels agents privats es veu alterat o per controlar que funciona bé.

Amb l'**activitat de foment**, l'Administració adquireix més protagonisme amb l'objectiu d'orientar, fomentant-la o incentivant-la, l'activitat dels particulars cap a certs objectius que es consideren preferents o d'interès general.

Finalment, amb l'**activitat de servei públic**, l'Administració assumeix un protagonisme pràcticament exclusiu, ja que és qui dirigeix i es responsabilitza de la prestació de certs serveis –i desplaça en aquests àmbits els particulars o els relega a la mera gestió– que per això es consideren públics en un sentit jurídic i constitucional precís com podrem determinar.

### Doctrina espanyola

Va ser Jordana de Pozas (1949) qui va difondre entre la doctrina espanyola la classificació tripartida de l'activitat administrativa.

Però aquesta classificació, o qualsevol altra amb una pretensió similar d'esgotar i d'enquadrar en unes categories tancades el flux desbordant de l'activitat de les administracions, ha estat depassada per la realitat. Diverses circumstàncies expliquen aquesta limitació de les categories dogmàtiques. Se'n poden destacar dues de fonamentals:

- 1) Una és la pròpia dinàmica i versatilitat de les fórmules i instruments de l'activitat administrativa que no poden adscriure's amb caràcter exclusiu a una supracategoría conceptual de l'actuació de les administracions públiques, que, d'altra banda, han d'encarar els nous reptes i problemes que es plantegen en les societats modernes.
- 2) L'altra és que l'activitat administrativa, el seu radi d'acció i les seves modalitats sempre i necessàriament es delimiten per la correlació amb l'activitat dels particulars, dels agents privats. La relació o oposició entre públic i privat, entre Estat i mercat, és l'eix central en aquesta matèria. Les solucions i modalitats han variat considerablement segons l'entorn social, polític i ideològic en què es plantegen. Hi ha posicions i doctrines, amb moltes modulacions i matisos al llarg de la història, que propugnen l'ampliació del radi d'acció de l'Administració pública, mentre que des d'altres posicions ideològiques i doctrinals es postula la contenció de l'activitat pública per a concedir així un paper prioritari als particulars, al mercat o a la societat civil.

En qualsevol cas, per a abordar l'estudi de l'activitat administrativa resulta forçós prendre com a punt inicial de referència les categories tradicionals per a traçar-ne l'evolució, conèixer la realitat present i les seves tendències.

## Objectius

En aquest mòdul didàctic podrem trobar els continguts i les eines procedimentals indispensables per a assolir els objectius següents:

- 1.** Distingir els diferents graus de protagonisme de l'Administració en la seva correlació amb els particulars.
- 2.** Relativitzar i dinamitzar aquesta distinció.
- 3.** Prendre consciència dels problemes que planteja la potestat sancionadora de l'Administració en el marc de l'estat de dret. Reflexionar sobre la seva explicació i els seus límits.
- 4.** Fixar-se en el sentit, l'evolució i l'operativitat actual de l'autorització i de la subvenció.
- 5.** Tenir ben clares les diferents accepcions del concepte de servei públic.
- 6.** Conèixer les diferències que hi ha entre la gestió dels serveis públics i la de les activitats privades intervingudes. Relativitzar aquesta diferenciació.



## **1. L'activitat administrativa d'intervenció per raons de seguretat. De la policia administrativa a la gestió de riscos**

### **1.1. Origen, evolució i característiques de la policia administrativa tradicional**

La noció de policia administrativa està molt assentada en la cultura jurídica de l'Europa continental. El seu origen etimològic, *politeia*, ens evoca una identificació inicial de la policia amb el conjunt de l'activitat i funcions públiques que es desenvolupen en la polis o ciutat estat.

Aquesta noció tan genèrica serà objecte de diverses depuracions des de final de l'edat mitjana a Europa. La policia es dedica als assumptes interns de l'estat, al manteniment de la moralitat, el benestar i la seguretat. A la fi de l'absolutisme, amb el desenvolupament ple en els estats alemanys del camesralisme i de la ciència de l'Administració, s'estableix la distinció entre policia del benestar (*Wohlfahrtspolizei*) i policia de seguretat (*Sicherheitspolizei*). La policia administrativa, en sentit genuí i estricte, s'identifica llavors amb aquesta última, amb la policia de seguretat. L'objectiu fonamental d'aquesta activitat de l'Administració seria llavors mantenir l'ordre i la seguretat pública evitant i rebutjant els perills que puguin pertorbar-la.

El concepte d'ordre públic s'erigeix llavors en la referència i l'objectiu principal de la policia administrativa. Al llarg del segle XX, i per obra sobretot de la doctrina i jurisprudència francesa, aquest concepte d'ordre públic, inicialment associat amb l'ordre i seguretat en les vies i espais públics, s'estén a diversos sectors: ordre públic econòmic, sanitari, forestal, i dóna lloc al que es coneix també com a **policies especials**: policia sanitària, forestal, d'aigües, etc.

Per a mantenir l'ordre públic s'utilitzen amb tota lògica fòrmules jurídiques amb una operativitat preventiva i de control, com són les autoritzacions, prohibicions o les inspeccions, ja que en la concepció clàssica de la policia es reconeix a l'Administració una facultat d'intervenció amb caràcter limitatiu sobre l'activitat dels particulars.

És aquí, en l'operativitat de les tècniques jurídiques de policia, on se situa la diferència fonamental pel que fa als sistemes anglosaxons en els quals la intervenció administrativa preventiva, limitadora, no és tan intensa. En aquest cas el particular gaudeix en principi de més llibertat d'actuació, però queda subjecte a un règim de responsabilitat molt més dur i exigent.

La configuració que adquireix així la policia administrativa i que arriba fins als nostres dies presenta una sèrie de notes característiques de les quals convé destacar, sistematitzant-les, les següents:

- 1) Es tracta d'una activitat de l'Administració orientada a mantenir l'ordre públic i a restablir-lo si resulta alterat.
- 2) La noció d'ordre públic, que opera com a referència finalista de la policia, s'expandeix a àmbits diversos com són el manteniment de la seguretat o l'ordre públic econòmic.
- 3) La policia es desenvolupa mitjançant l'ús d'una sèrie de fòrmules i tècniques jurídiques característiques com són les autoritzacions, sancions, ordres, prohibicions, inspeccions, que en aquesta activitat es forgen i adquiereixen els seus perfils propis.
- 4) Amb aquestes fòrmules es pretén evitar i rebutjar els perills que puguin alterar l'ordre públic. Es tracta de fòrmules que tenen un caràcter preventiu i de control molt marcat, com és el cas de les autoritzacions, inspeccions o prohibicions. Les sancions, encara que s'imposen *a posteriori*, també tenen un caràcter dissuasiu, preventiu, molt marcat.

Aquesta teoria tradicional de la policia administrativa, tot i que manté en part els seus traços i empremta inicial, s'ha vist en molt bona mesura desbordada per la realitat, i per això molts dels seus conceptes s'han de revisar i, si escau, reformular a fons.

Es fa necessari en primer terme distingir dins l'activitat administrativa d'intervenció –que genèricament seria la característica de la policia– dos àmbits fonamentals: el de la **seguretat**, d'una banda, i el de l'**economia**, de l'altra. Cadascun té un quadre propi de conceptes i referències que s'ha diferenciat de manera molt acusada en els últims temps. Les fòrmules i tècniques jurídiques que operen en algun d'aquests dos àmbits tenen així unes característiques i una funcionalitat diferent en l'espai de la seguretat i en el de l'economia o serveis privats.

## **1.2. De la policia administrativa a la gestió de riscos. De l'ordre públic al risc permès**

L'activitat de l'Administració en matèria de seguretat és avui, fonamentalment, **regulació i gestió de riscos**. És un front de l'activitat administrativa en expansió clara i en el qual s'han generat fòrmules i tècniques jurídiques molt noves i puixants.

### **Risc**

Un dels trets que caracteritza més significativament la societat actual, la societat que convencionalment podem anomenar *postindustrial*, és la seva relació promísqua amb el risc, fins al punt que és denominada *societat del risc*.

El concepte de **risc** es defineix convencionalment per contrast amb el concepte de perill. El perill té un origen natural. Perills són les malalties, les plagues, els desastres naturals i, també, totes les limitacions hostils de la naturalesa: limitació d'aliments, d'energia, d'aigua, etc. En molt bona mesura, l'activitat i esforç fonamental de l'ésser humà des dels orígens s'ha redreçat a dominar i a superar els perills i limitacions que la naturalesa li imposava. El mitjà utilitzat per a això no ha estat un altre que la tècnica, el desenvolupament tecnològic. Amb aquest desenvolupament imponent s'han superat o allunyat efectivament molts perills naturals. Així, les tecnologies de la generació i transport d'energia han superat les limitacions i necessitats energètiques. Els perills de plagues i infeccions s'han conjurat en molt bona mesura amb les tecnologies farmacològica i sanitària. Els mateixos perills que poden plantejar-se per l'escassetat d'aliments s'han superat en les societats industrials amb el desenvolupament d'una tecnologia, d'una indústria, la indústria alimentària.

El que passa és que aquestes tecnologies que s'han desenvolupat per a superar o reduir els perills naturals no són del tot innocues, ja que també generen riscos. El risc, a diferència del perill, té l'origen en l'activitat humana, en la tecnologia, sobretot. És així com la societat actual, dotada d'un teixit tecnològic cada vegada més dens i estès, es troba més encarada als riscos tecnològics que ha generat que no pas als perills naturals que amb aquestes tecnologies s'han superat o reduït de manera molt considerable. Per això és possible qualificar-la de **societat del risc**. Una societat que, a tall d'exemple significatiu, no s'enfronta ja amb els perills de l'escassetat d'aliments, sinó amb els riscos de la indústria alimentària; ni amb els perills derivats de l'escassetat d'energia, sinó amb els riscos creats per les diverses tecnologies generadores d'energia.

Es tracta d'una tendència irreversible: el desenvolupament tecnològic ens allunya de la naturalesa i dels seus perills i ens endinsa en el territori dels riscos que hem generat nosaltres mateixos. Al mateix temps, aquest desenvolupament industrial i tecnològic, quan actua sobre la naturalesa, hi està impactant negativament i genera en la societat la preocupació creixent i fundada pel medi ambient amb tanta incidència en el dret actual.

Ha estat objectiu principal de la policia administrativa la defensa i rebuig dels perills, cosa que expressa totalment la formulació alemanya que adscriu el concepte estricte de policia, com a policia de seguretat, a la defensa enfront de perills (*Gefahrenabwehr*). Perills que tenen, com ja ens consta, un origen natural o, en tot cas, es tracta de conductes humanes simples, sense cap instrument tècnic que incorpori un element de complexitat. Els perills són fàcilment detectables mitjançant el coneixement mitjà que concorre en qualsevol persona i existeix, per tant, un consens general entorn del seu rebuig. És susceptible, per tant, de ser descrit i tipificat per les normes.

El risc planteja un altre tipus de problemes derivats del component tecnològic que hi és habitual. Aquest component dota sovint els riscos d'una complexitat que no concordia en els perills. El perill és perceptible, de vegades imminent, mentre que el risc requereix en molts casos un coneixement expert –rigorosament científic de vegades– per a ser percebut i, en qualsevol cas, el risc sol estar envoltat d'un halo d'incertesa. El coneixement –o la incertesa, segons es miri– constitueix així, com podrem comprovar, un element essencial en la regulació i gestió de riscos.

En relació amb els perills, la policia administrativa s'ha plantejat eliminar-los o rebutjar-los amb la vista posada en l'objectiu final i fonamental: **mantenir l'ordre públic**. Aquest objectiu es presenta com a perfectament assolible.

L'ordre públic és la situació ordinària, que arribava a ser caracteritzada pels tractadistes i expositors de la policia administrativa com la situació oposada al desordre que per a Hariou mateix era un estat patològic, una malaltia. L'objectiu de l'Administració, amb els seus mitjans de policia, hauria de ser el mateix que el del metge: el restabliment de la salut, el restabliment de l'ordre públic.

La gran diferència que planteja el risc és que no és possible un estat d'absència de risc, de no-risc. El risc zero, tal com declaren avui de manera unànime els tribunals, no existeix. En la societat actual, la societat del risc, hi convivim quotidianament. L'única, i inviable, alternativa al risc exigiria desmantellar el teixit tecnològic que tants avantatges i confort ens reporta i tornar a l'estat de naturalesa encarant de ple els seus perills com els nostres avantpassats més remots.

Les decisions que adoptem sobre els riscos. També per descomptat les que adopten les normes jurídiques i les autoritats administratives no són decisions que imposen l'exclusió de tot risc, ni decisions entre risc i no-risc. Són decisions que, ineludiblement, es plantegen com a opcions entre riscos. S'opta per un risc o per un altre, o per un nivell de risc determinat, però s'hi conviu. Les decisions jurídiques, mitjançant normes o resolucions administratives singulars, és a dir mitjançant actes administratius, són per tant decisions amb l'objectiu de determinar el risc, o nivell de risc, pel qual s'opta: el risc que s'accepta.

Trobem així el concepte, absolutament fonamental en l'actualitat i en el futur, de **risc permès**. Un concepte que desplaça el vell concepte d'ordre públic i que se situa en l'eix del modern dret de la regulació i gestió de riscos. Un dret, amb protagonisme marcat de l'Administració, que ha de fer dues operacions fonamentals:

- 1) La primera és valorar i determinar el risc permès; fase que en el dret europeu es coneix amb tota normalitat com a *risk assessment*.
- 2) La segona és gestionar aquest risc que es permet i s'accepta. Una fase també coneguda com a *risk management*.

Amb aquest bagatge conceptual mínim i necessari, podem endinsar-nos en l'estudi de les tècniques i fórmules jurídiques i entendre la seva veritable rellevància i significació actual.

### **1.3. L'autorització administrativa com a fórmula de determinació del risc permès**

#### **1.3.1. La determinació normativa del risc permès**

El risc que s'accepta o es permet es pot establir mitjançant una norma jurídica i així aquesta determinació té els efectes generals propis d'aquesta norma. Pot determinar-se així el risc permès mitjançant una norma amb rang de llei, mitjançant un reglament i pot determinar-se també mitjançant altres instruments amb un component normatiu per a establir una prescripció general, encara que delimitada, com són els plans.

##### **Risc permès**

Una llei pot acceptar o rebutjar els riscos derivats de l'energia nuclear. En alguns casos aquesta decisió legislativa ha de ser confirmada per referèndum, com en el cas d'Itàlia, que va declarar aquest tipus de risc com a no acceptable, i no permès per tant. Altres estats, en canvi, sí que permeten aquests riscos.

Però no fa falta referir-se a aquests sectors tan debatuts. Hi ha moltes regulacions normatives que tenen com a objectiu determinar amb caràcter general el risc permès. Sens dubte és un risc circular amb un vehicle que pot superar fàcilment i en pocs segons d'acceleració els 150 km per hora. És un risc que el pugui conduir tant una persona de 18 anys com una de 80, però són riscos permesos per les normes amb caràcter general. Si s'acrediten les condicions exigides per les normes, aquest risc es considera permès. La regulació amb normes i plans dels límits de velocitat és també una delimitació normativa del risc permès. A cada zona el límit de velocitat marca el risc que es permet, i per sobre d'aquesta velocitat ens situem ja en l'espai del risc no permès.

#### **1.3.2. L'autorització. Concreció singular mitjançant acte administratiu del risc permès**

Les normes poden no delimitar de manera precisa i categòrica el risc permès. Poden fixar límits màxims i genèrics de risc, poden establir una sèrie de condicions que requereixin acreditació o, senzillament, pot ser que no es trobi cap referència normativa sobre el risc permès.

La determinació del risc permès la fa llavors l'Administració pública de manera singular, per a cada cas, mitjançant una resolució, és a dir, mitjançant un acte administratiu.

Aquest acte es coneix com a **autorització administrativa**. L'estrucció i operativitat de les autoritzacions difereix, com ja s'ha destacat, segons si es desenvolupen en l'àmbit econòmic –on, com veurem immediatament, l'autorització s'està retirant de molts sectors en els quals és desplaçada per noves fórmules–, i l'autorització es projecta sobre activitats de contingut econòmic; o en l'àmbit de la seguretat que ara ens ocupa, l'autorització es projecta sobre activitats de risc.

## Autorització

Hi ha activitats en les quals pot concórrer un component de risc i un component econòmic. Així passa amb moltes instal·lacions industrials que plantegen riscos ambientals i poden tenir una dimensió econòmica molt acusada. En tals casos pot resultar exigible una autorització que pensi en els riscos, i determini si cal el risc permès, i també, si fos el cas, una altra autorització que tingui en compte l'aspecte estrictament econòmic de l'activitat. De totes maneres, convé significar ja que l'ordenament, sobretot l'ordenament europeu, tendeix a recollir les autoritzacions sobre activitats econòmiques amb caràcter restrictiu.

Ens correspon ocupar-nos ara de l'autorització per raons de seguretat, que té l'objectiu precís i característic de determinar el risc que es permet generar a l'activitat que s'hi subjecta. Aquest tipus d'autorització està molt consolidada en la cultura jurídica contemporània i, a més, s'està expandint clarament. En canvi, l'autorització d'activitats econòmiques i serveis privats perd la seva substancialitat i la seva pròpia raó de ser en el marc econòmic actual dominat per plantejaments liberalitzadors i oberts a la lliure competència. La intervenció pública, la intervenció autoritzatòria, tendeix a concentrar-se així a regular i controlar riscos, que és, d'altra banda, el que reclama una societat molt sensibilitzada per aquest tema i que per això s'anomena, convencionalment però de manera encertada, *societat del risc*.

### Tipus de riscos

Una via d'expansió d'aquest tipus d'autoritzacions s'obre en considerar l'impacte o incidència que poden tenir moltes activitats sobre el medi ambient. El risc que aquí es considera, es permet o es rebutja segons els casos, és el risc sobre el medi ambient.

Un altre tipus de riscos que, amb tota lògica i suport constitucional, són objecte d'atenció especial i que requereixen una activitat autoritzatòria per part de l'Administració són els riscos per a la salut. Són aquí sectors molt puixants, i sensibles, els de l'alimentació i fàrmacs. Autoritzacions per a productes alimentaris nous (conservants, additius, etc.) o fàrmacs nous que requereixen procediments complexos.

El desenvolupament tecnològic al qual ens hem referit en aquest apartat ha ampliat extraordinàriament la nostra capacitat d'intervenció en moltes activitats que comporten riscos fins fa poc desconeguts i que requereixen autorització per a determinar fins a quin punt aquests riscos són acceptables, com són els organismes genèticament modificats.

L'autorització recau sobre una activitat, instal·lació o producte que presenta un particular per a determinar si el risc que genera resulta acceptable i, per tant, permès.

Quan el risc està determinat per les normes, l'autorització es limita a verificar que el sol·licitant s'ajusta a les condicions i exigències que estableix la norma. És el que es coneix com a *autorització reglada*. L'Administració ha d'atorgar-la si el sol·licitant acredita que compleix aquestes condicions.

Quan la norma no estableixi de manera taxativa les condicions estrictes en les quals el risc és admissible i atorgui una facultat d'apreciació i valoració a l'Administració ens trobarem davant el que es denomina *autoritzacions discrecionals*.

### 1.3.3. El procediment de l'autorització

El procediment d'autorització té com a finalitat fonamental obtenir la màxima informació sobre el risc de l'activitat o instal·lació per a poder decidir amb fonament sobre si s'admet o es rebutja.

La fase d'instrucció, en la qual l'Administració s'instrukueix i adquiereix coneixement sobre el risc, agafa una rellevància especial. Dos tipus de tràmits tenen en aquesta fase una gran importància:

- D'una banda, els informes i estudis que l'Administració es procura d'organismes experts.
- De l'altra, la participació i al·legacions dels interessats, que són fonamentalment les persones que quedarien més exposades al risc que es valora i sobre el qual es decideix en l'autorització.

#### Pla procedimental i pla institucional

La importància que té el coneixement sobre els riscos en aquestes autoritzacions es posa de manifest en dos plans. Un és el **pla procedimental**, quan s'estableixen procediments paral·lels, encara que s'integren finalment en el procediment autoritzatori, que tenen com a objectiu fonamental avaluar amb la màxima amplitud i precisió possibles l'abast del risc. Destaca a aquest efecte l'avaluació d'impacte ambiental que s'exigeix per als projectes d'activitats –també fins i tot per a plans– amb més risc per al medi ambient. Un altre és el **pla institucional**, amb la creació d'administracions especialitzades, segons el model d'agències, que incorporen quadres experts per a decidir autoritzacions i gestionar el risc en sectors específics. És el cas, per exemple, de les agències de seguretat alimentària o les agències del medicament que atorguen, si escau, les autoritzacions sobre productes alimentaris o farmacèutics nous.

Amb la resolució del procediment autoritzatori es decideix, amb el coneixement adquirit en la fase d'instrucció, sobre el projecte presentat pel sol·licitant. Les decisions que pot adoptar l'Administració són fonamentalment tres:

- 1) Una és la d'atorgar l'autorització acollint el projecte del sol·licitant. Encara que es tracti d'una activitat o instal·lació que tindrà un impacte i generarà un cert risc, es considera un risc permès i per això s'autoritza.
- 2) Una altra és la de rebutjar l'autorització, i declarar així inaceptable el risc que s'associa al projecte.
- 3) La tercera opció és la d'atorgar l'autorització condicionada a la introducció en el projecte de determinades mesures correctores, de reducció de riscos, fixades en l'autorització mateix. El risc permès seria llavors el risc romanent després de la introducció de les mesures de reducció o control que s'estableixen en la pròpia autorització.

### **1.3.4. Contingut i valor de l'autorització. El seu marcat caràcter declaratiu**

L'autorització és un acte administratiu de contingut declaratiu. L'Administració, amb la comprovació prèvia i la valoració al llarg del procediment, declara que el que s'hi sol·licita s'adqua a la legalitat vigent o a l'interès públic que a l'Administració li correspon establir en cada cas. Més específicament, en l'autorització que ara tractem aquesta adequació és, precisament, al risc permès que estableixen amb caràcter general les normes o al que la pròpia Administració concreta en atorgar l'autorització.

El caràcter declaratiu de l'autorització pressuposa que recau sobre activitats que se situen en l'esfera de llibertat del sol·licitant però l'exercici del qual, previst i programat en el projecte que es presenta, se subjecta a comprovació amb relació, sobretot, al tipus i nivell de risc que genera.

#### **Modalitats d'exercici**

En la nostra esfera de llibertat més irreductible hi ha, per descomptat, la llibertat de desplaçament i circulació. Hi ha modalitats de l'exercici d'aquest dret que no estan subjectes a cap intervenció administrativa. Així és si circulem caminant o amb bicicleta. Però altres modalitats d'exercici sí que estan subjectes a autorització administrativa i ho estan exclusivament pel risc que es genera practicant-les. És el cas de la circulació amb vehicles motoritzats, per a conduir-los cal una autorització en la qual es valora l'adequació del sol·licitant a les condicions que les normes estableixen per a permetre el risc. Aquestes condicions són, per descomptat, més estrictes i exigents com més gran és el risc, com és per a conduir un camió i, més encara, per a pilotar una aeronau de transport de passatgers.

L'autorització **no té**, per tant, caràcter constitutiu: no és un acte que crea o constitueix un dret que el sol·licitant abans no tenia, a diferència del que passa, com veurem, amb la concessió.

Però això no vol dir de cap manera que l'autorització manqui d'entitat jurídica. Es tracta d'una declaració administrativa, d'un títol, que empara i dóna cobertura a una activitat, a una instal·lació, a un producte. Molts cops l'obtenció de l'autorització requereix molts tràmits i molt complexos, documentació abundant, estudis i temps, que és un valor molt rellevant en el tràfic comercial.

### **1.3.5. Sobre la transmissibilitat de les autoritzacions. La distinció entre autoritzacions personals i reals**

L'autorització, per a qui l'obté, resulta un actiu que pot ser molt valuós segons l'autorització que sigui i què comporti, especialment si pot transmetre's i obtenir-ne una contraprestació. Per tal de destriar aquesta qüestió convé introduir la distinció entre autoritzacions reals i autoritzacions personals.

Les **autoritzacions reals** són les que recauen sobre un bé. Pot ser l'autorització d'una instal·lació, d'un producte, d'una edificació, d'un aprofitament forestal, d'un taxi, etc. En la mesura en què estan indissolublement vinculades a aquest bé són transmissibles amb aquest i li aporten sens dubte un valor afegit.

#### **Exemple d'autorització real**

Un terreny forestal incrementa el valor de venda si disposa d'una autorització per a fer determinats aprofitaments forestals. També resulta evident que un terreny es revaloritza considerablement si hi recau una llicència d'edificació; molts cops aconseguirà més valor al mercat la llicència que el terreny sense aquesta.

Són **autoritzacions personals** les que s'atorguen a persones i reparen en les condicions, formació, coneixements, estudis, perícia, etc. que en cada tipus d'autorització s'exigeixin. Són autoritzacions que s'atorguen *in tuitu personae* i per tant no resulten transmissibles.

#### **Exemple d'autorització personal**

L'autorització atorgada a una persona per a pilotar una aeronau de passatgers o per a exercir una activitat tècnica qualificada determinada acreixen sens dubte les expectatives professionals i retributives dels qui les obtenen, però és evident que no es poden transmetre o vendre a tercers aquestes autoritzacions estrictament personals, atorgades pels coneixements i perícies de qui l'obté.

### **1.4. L'activitat administrativa de gestió de riscos**

L'activitat de l'Administració en relació amb els riscos no es limita a la determinació i autorització del risc permès. Es requereix a més una activitat de gestió d'aquest risc que ha estat prèviament acceptat i amb el qual hem de conviure.

En aquesta activitat de gestió destaca el seguiment, el monitoratge, del risc. Una característica del risc que convé recordar –del tot central com ja ens consta en el procediment d'autorització– és el coneixement que se'n tingui, coneixement que pot ser incert i variable. El que, amb els coneixements que tenim avui, considerem segur, de baix risc, i que per això mateix acceptem, pot ser que es consideri d'alt risc, o clarament nociu, i per això mateix del tot inaceptable, amb coneixements nous que puguem adquirir en un futur. Al revés, el que avui considerem un risc inaceptable pot ser que es valori com a perfectament admissible en adquirir un coneixement més precís que ens faci veure que en realitat és innocu.

Per això, la gestió dels riscos és, fonamentalment, la gestió del coneixement que se'n tingui. També del coneixement que es tingui sobre nous mitjans i tecnologies que resultin eficaces per a eliminar o reduir els riscos. A la vista dels desenvolupaments normatius més recents, també i destacadament pel dret europeu, poden perfectament destriar-se dos entorns o moments en la gestió del risc. Un és el de la gestió del coneixement i un altre el de la gestió de la incertesa, que és, en realitat, la falta o la pèrdua del coneixement.

### **1.4.1. Gestió del coneixement sobre riscos. L'activitat de control i inspecció**

Els mitjans i instruments de gestió del coneixement de riscos poden ser públics o privats. En rigor, la distinció és entre coneixement i control per la pròpia Administració, d'una banda, i autocontrol pels particulars, mitjançant fórmules d'autoregulació, d'una altra.

#### **Control i inspecció per l'Administració**

El control per l'Administració es fa mitjançant l'activitat d'inspecció, amb la qual s'examina el comportament dels administrats per a comprovar el compliment dels deures, prohibicions i limitacions a què estan sotmesos.

#### **Farmacovigilància**

En certs sectors s'han desenvolupat tècniques i fórmules específiques de seguiment i control de riscos. Així passa en el sector dels medicaments i productes farmacèutics, en el qual es desenvolupa una activitat perfectament pautada i programada: la **farmacovigilància**.

Un medicament o fàrmac és objecte d'autorització per l'Agència del Medicament després d'un procediment molt rigorós en el qual tenen una rellevància particular tot un seguit d'anàlisis i assajos, orientats com sempre a adquirir coneixement sobre els riscos d'aquests productes. Però encara que el producte s'autoritzi, s'és conscient en molts casos que no es té un coneixement complet sobre el producte ni els seus possibles efectes, que varien segons els organismes i estats de cada pacient i de la medicació a què estan subjectes, que pot presentar contraindicacions. Per això, amb el propòsit d'incrementar el coneixement sobre els riscos i efectes dels fàrmacs es fa un seguiment –més intens en els primers anys– de la seva administració i consum.

#### **Control i autocontrol per particulars**

Els particulars desenvolupen també en molts casos activitats per mantenir el control i coneixement dels riscos que queden sota la seva òrbita i responsabilitat. Pretenen evitar així els problemes que es derivarien per a ells en depassar els límits del risc permès o de les responsabilitats en què incorrerien en el cas de producció de danys. Aquestes actuacions poden per això qualificar-se genèricament com *d'autocontrol* o *d'autoregulació*.

Aquest autocontrol pot ser del tot voluntari, o pot ser induït o requerit per l'Administració, i també pot articular-se un règim de col·laboració entre l'Administració i els particulars per al control, seguiment i coneixement actualitzat de riscos.

#### **Control voluntari**

El control voluntari admet dues modalitats en atenció al subjecte que el fa. Una opció és el control que fa el titular mateix de l'activitat o instal·lació autoritzada. Si bé pot encomanar també aquestes tasques de control a un tercer, a un auditor especialitzat en l'activitat de risc de què es tracti.

Des del dret europeu i, per descomptat, des del dret intern, s'ofereixen fórmules i tècniques que responen a aquestes diverses opcions. Així, una empresa pot controlar els riscos per al medi ambient implantant un sistema de gestió ambiental que es fixi especialment

en una sèrie de punts crítics. O pot encomanar a una empresa externa, empresa auditora, que faci una ecoauditoria per verificar l'aplicació d'aquest sistema de gestió ambiental i detectar i qualificar riscos possibles, i proposar, si escau, mesures per a reduir-los.

Aquest tipus de gestió i autocontrol es desenvolupa exclusivament en el pla privat, sense intervenció de l'Administració; té efectes també en l'àmbit privat, en les relacions entre empreses.

### **Ecoauditoria**

Així, una empresa compradora pot exigir a l'empresa venedora que li subministra productes, o a la que li ven una instal·lació industrial o una planta de generació d'energia, que se subjecti a un sistema d'ecoauditories per a saber així el grau de compliment de la normativa aplicable o el nivell de riscos ambientals que assumeix amb aquesta adquisició. Els efectes de l'ecoauditoria, o d'altres fòrmules de seguiment i control de riscos que poguessin emparar-se, no depassen així el marc privat de la relació contractual entre empreses.

Així aquestes tècniques no tenen la naturalesa d'activitat administrativa i per això no hauria de ser objecte d'atenció per al dret administratiu. No obstant això, en la medida que aquestes fòrmules d'autocontrol privat es consoliden i es constitueixen en referències fiables, és perfectament possible, tal com es recull en no pocs casos, que l'Administració o les normes atribueixin certs efectes públics a aquestes expressions de l'autoregulació privada en matèria de gestió de riscos.

### **Exemple d'autoregulació privada**

Així, per exemple, les instal·lacions industrials que han de sotmetre's a determinades inspeccions administratives en matèria mediambiental poden quedar-ne exemptes si acrediten que se subjecten a un programa voluntari d'ecoauditories.

## **1.4.2. Gestió del coneixement sobre tecnologies de reducció de riscos**

En la gestió de riscos no només es té en compte el coneixement dels riscos, la intensitat, els efectes i les possibles variacions que arribin a depassar el límit del risc permès. També és molt important conèixer els mitjans tècnics que resultin efectius en la contenció i reducció de riscos. Ens posem en contacte amb una realitat tecnològica que, com a tal, està subjecta a una evolució constant i de vegades molt dinàmica.

La funció del dret, i de l'Administració en la seva activitat de gestió de riscos, consistirà llavors a integrar en paràmetres jurídics la innovació tecnològica que es mostri efectiva en la reducció de riscos.

### **El cas de la contaminació**

Un objectiu que es marca molt clarament en l'actual orientació del dret ambiental a tot Europa és la reducció de la contaminació en origen, en font. Avui s'és plenament conscient que la contaminació no pot ocultar-se, tal com es pretenia abans, i que l'única orientació possible és reduir la contaminació. En uns casos rebutjant la instal·lació de focus contaminants, denegant l'autorització d'aquest risc ambiental; en altres casos, en atorgar l'autorització corresponent, es permetrà el risc que comporta un cert nivell de contaminació. Però es manté aquí també l'objectiu del dret europeu de reduir la contaminació en

origen, en aquesta instal·lació autoritzada, i això s'aconsegueix bàsicament amb mitjans tecnològics.

### **L'adaptació de les autoritzacions a la millor tecnologia disponible**

La fórmula amb la qual es pretén incorporar la tecnologia i els seus avenços a la gestió i reducció de riscos és l'anomenada *clàusula tècnica*. Es tracta en realitat d'una determinació continguda en les lleis per la qual s'estableix que els subjectes titulars d'una autorització estan obligats a incorporar la millor tecnologia disponible sempre que no comporti costos excessius.

Per millor tecnologia disponible no pot entendre's la tecnologia més capdavantera i avançada, encara que s'hagi mostrat efectiva en la reducció de riscos, ja que no s'exigeix a les empreses autoritzades que adoptin aquesta posició d'avantguarda amb tecnologies en fase d'experimentació. La millor tecnologia disponible és la que resulta perfectament assequible i està plenament difosa als mercats a la disposició de les empreses. Un criteri per a identificar-la seria prendre per tal la tecnologia que ara resultés plenament exigible, perquè estigüés plenament acceptada i estesa en el sector, a una empresa o instal·lació que ara s'establís per primer cop.

### **Supòsits i límits en els quals resulta exigible l'adaptació tecnològica**

Cal distingir clarament dos supòsits.

1) Un el plantegen les empreses o instal·lacions que inicien la seva activitat. A aquestes els resultaria plenament exigible l'ús de la millor tecnologia disponible. La clàusula tècnica que imposa la legislació impedeix que l'Administració pugui autoritzar l'ocupació d'una tecnologia obsoleta, incapàc de reduir els riscos que poden neutralitzar-se amb les tecnologies disponibles al mercat.

2) El segon supòsit és el que susciten les empreses i instal·lacions que porten un temps plenament operatives quan es té coneixement d'una nova tecnologia que resulta efectiva en la reducció de riscos i que es troba disponible als mercats. La incorporació d'aquesta nova tecnologia pot tenir uns costos molt elevats per la transformació de tota l'estructura tecnològica de la instal·lació, fins al punt que tal vegada tindria un cost menor una instal·lació nova amb la tecnologia del moment que l'adaptació tecnològica de la ja autoritzada i en funcionament.

#### **1.4.3. La gestió del desconeixement i la incertesa. El principi de precaució**

El coneixement sobre els riscos és sovint limitat. Hi ha sempre marges més o menys amplis d'incertesa sobre la seva potencialitat, sobre les causes, sobre els efectes i sobre altres elements. De vegades, però, la incertesa passa a ocupar

un lloc central i dominant, o afecta qüestions molt sensibles o valorades pel dret, com la incertesa que en un moment donat hi ha sobre els efectes d'un producte per a la salut humana.

Aquestes situacions d'incertesa són i seran cada vegada més freqüents en una societat que fonamenta en la innovació tecnològica molt bona part del seu desenvolupament i prosperitat. Per això la gestió de la incertesa sobre riscos s'ha convertit en un capítol important de la regulació de riscos en particular i del dret administratiu en general.

La resposta del dret europeu s'articula entorn de l'anomenat ***principi de precaució***, un principi de gran rellevància en el tractament i solució de molts problemes que es plantegen en la societat postindustrial.

El principi de precaució postula que en les situacions d'incertesa, en les quals, per exemple, es plantegen riscos greus per a la salut o el medi ambient, l'Administració pot adoptar mesures orientades a salvaguardar aquests béns jurídics, mesures que poden ser fins i tot mesures d'excepció.

Amb el que s'ha dit podem oferir ja una sistematització de les condicions i abast de l'aplicació del principi de precaució incorporant les precisions que sobre aquest han fet la jurisprudència i doctrina.

### **La incertesa com a pressupòsit del principi de precaució. Mesures que poden adoptar-se**

Pressupòsit perquè pugui aplicar-se el principi de precaució és que es produeixi una situació d'incertesa en la qual es plantegen riscos per a la salut o el medi ambient. La incertesa l'ha d'acreditar l'Administració. Ha de fer consultes i sol·licitar estudis dels quals es desprengui que no se sap amb certesa l'abast dels possibles riscos.

Les mesures que poden adoptar-se una vegada constatada la incertesa poden ser de dos tipus.

**1) Mesures dilatòries.** Normalment s'apliquen en els supòsits d'incertesa sobrevinguda. En aquest cas l'Administració pot ajornar certes decisions o declaracions que li corresponen. Pot ajornar, per exemple, l'atorgament d'una autorització, encara que es tracti d'una autorització reglada: el sol·licitant compleix totes les exigències que estableixen les normes i, per tant, se li hauria d'atorgar l'autorització per a comercialitzar un producte, per exemple un fertilitzant per a explotacions agrícoles; però, com que es plantegen dubtes o incerteses sobre els possibles riscos per als productes agrícoles que poguessin veure's afectats

per aquest fertilitzant, l'Administració pot denegar o dilatar l'atorgament de l'autorització fins que no se superi la incertesa i es comprovi la innocuitat del producte.

**2) Mesures rescissòries.** S'adopten en supòsits d'incertesa sobrevinguda, rescindint o suspenent declaracions o decisions de l'Administració que es van adoptar abans de plantejar-se la situació d'incertesa sobre uns riscos que, amb els coneixements de llavors, es consideraven perfectament acceptables i ara se sap que poden tenir una magnitud molt superior.

### **Límits de les mesures**

Pel caràcter excepcional que poden arribar a tenir, les mesures adoptades sobre la base del principi de precaució han de tenir unes referències que en limitin l'abast tant com sigui possible. Es destaquen clarament dos tipus de límits en l'abundant jurisprudència sobre aquest principi:

**1) Límit material.** Les mesures adoptades han de ser proporcionades a la gravetat i la imminència del risc que es considera. L'eventual posada en risc d'algun exemplar d'una espècie abundant de fauna silvestre no justificaria, perquè no seria proporcionada, la mesura de tancament d'una instal·lació industrial amb els negatius i certs efectes econòmics i socials –pèrdua de llocs de treball– que se'n derivarien. Es tracta, per tant, de ponderar l'abast del principi de precaució subjectant-lo a un altre principi, el de **proporcionalitat**.

**2) Límit temporal.** Les mesures han de tenir un abast temporal limitat, vinculat al manteniment de la situació d'incertesa. L'Administració ha de fer llavors un esforç especial per a superar la situació d'incertesa que només s'aconsegueix incrementant el coneixement, mitjançant estudis, proves, assajos, etc. El mateix transcurs del temps és un factor de superació de la incertesa en la mesura que s'adquireix experiència i coneixement sobre l'abast del risc.

### **1.5. Ordres i prohibicions. La seva funció en la decisió i gestió de riscos**

Les ordres administratives són un tipus característic d'actes administratius que s'adscriuen tradicionalment a la policia administrativa. Encara que s'ha destacat que són expressions jurídiques molt arrelades en el dret administratiu, la veritat és que no s'acabava d'ofrir una sistematització i explicació amb la coherència interna necessària, sobretot pel que fa a la cobertura jurídica de les ordres en una norma legal o en un altre fonament. L'enquadrament ara de les ordres en la regulació de riscos explica de manera molt clarificadora les seves funcions i fonament en les dues principals fases que coneixem: la **determinació del risc permès i la gestió de riscos**.

### 1.5.1. Les ordres i prohibicions com a determinació singular del risc permès

Amb caràcter general, el risc permès es determina mitjançant normes: lleis, reglaments que precisen aquesta línia que marca la frontera entre el que es permet i es rebutja i, eventualment, en instruments normatius autoreguladors com són les normes tècniques, que, sobretot en sectors industrials i tecnificats, acaben definint el límit del risc permès.

Aquesta delimitació general necessita en molts casos concrecions, que seran per a declarar que certes situacions es troben més enllà del risc permès i adoptar si escauen mesures per a neutralitzar-les. Aquesta funció es fa mitjançant ordres administratives que invariablement es pronuncien i actuen sobre el risc no permès. No es conceben les ordres que declaren el risc permès, això correspon a les normes i a les autoritzacions.

#### Acte administratiu

Un exemple típic i eloquent que troba tot el sentit en aquesta fase de determinació del risc permès és l'ordre d'enderrocament d'una edificació que es considera i declara en estat ruïnós. Les normes no permeten mantenir ni utilitzar edificis en estat ruïnós, es tracta, inequívocament, d'un risc no permès. Però l'enunciat mateix de les normes, com que se centra en un concepte jurídic indeterminat com és el d'"estat ruïnós o estat de ruïna", necessita en molts casos una declaració en casos concrets. Aquesta declaració és un acte administratiu, precedit, per tant, d'un procediment en el qual podran presentar-se proves, estudis i al·legacions. Si resulta una declaració d'estat ruïnós comporta l'ordre d'enderrocament immediata, que no és sinó rebutjar, eliminant-lo, el risc que les normes no consideren acceptable.

Aquest tipus d'ordres no són sinó l'execució i concreció de les determinacions que amb caràcter general s'estableixen en les normes sobre el risc permès. Aquestes ordres requereixen, per tant, una cobertura normativa, llei o reglament, de la qual són execució.

### 1.5.2. Les ordres com a instrument de gestió de riscos

Els riscos poden variar d'intensitat segons les circumstàncies. També podem adquirir coneixements nous amb els quals variï la nostra apreciació dels riscos. L'Administració, si es donen certes condicions a les quals ens referirem immediatament, pot dictar ordres per contenir i gestionar aquestes situacions de variació o oscil·lació de riscos que poden modificar les referències normatives del risc permès.

#### Ordres

La velocitat per a un tram de carretera pot estar fixada amb caràcter general en 100 km/h. Però si s'hi fan obres o hi ha un embús, és evident que circular a aquesta velocitat constituiria un risc no admissible. L'Administració i els seus agents poden llavors amb ordres –que poden ser directes, no escrites, de direcció del trànsit– adequar els nivells de risc a aquestes circumstàncies i reduir en aquests casos el límit de velocitat permesa.

Aquest tipus d'ordres requereix que es doni una situació de risc en la qual no hi ha referències normatives o, cosa que és més freqüent, que aquestes referències normatives hagin estat depassades per la realitat. Les ordres són llavors l'instrument de què disposa l'Administració per a controlar i evitar els riscos, al mateix temps que ofereixen una referència per als destinataris.

## **2. La supervisió administrativa d'activitats econòmiques i prestació de serveis per particulars**

### **2.1. La intervenció administrativa sobre activitats comercials i de serveis**

#### **2.1.1. El plantejament tradicional i la seva evolució diferenciadora**

En la intervenció de l'Administració sobre empreses, activitats econòmiques i serveis privats –intervenció articulada entorn de la noció de policia administrativa– confluïen habitualment dues perspectives.

1) Una era la que reparava en la seguretat de l'activitat o servei que es pretenia oferir, com també en la dels mitjans i instal·lacions que utilitzava.

2) Des de l'altra perspectiva es tenien en compte components i aspectes estricament econòmics del servei o activitat.

Aquestes dues intervencions podien donar lloc a dues autoritzacions administratives diferenciades o podien coexistir en el mateix procediment d'autorització, en el qual es consideraven tant els riscos com altres aspectes de l'activitat que genèricament poguessin qualificar-se com a **econòmics**. Es tractava en realitat de dues perspectives netament diferenciades, per les matèries i valors que tenien en compte i el tipus d'intervenció que postulaven, però el genèric i proteic títol de la policia administrativa englobava les dues, i els prestava cobertura conjunta com a títol d'intervenció i en difuminava així les diferències.

La veritat és que la diferència marcada entre aquestes dues intervencions s'ha fet del tot evident en l'ordenament actual i en la seva programació de l'activitat i intervenció administrativa: la intervenció per raons de seguretat s'ha expandit considerablement, i ha configurat tot un sistema de determinació i gestió de riscos que ja coneixem de manera bàsica, mentre que la intervenció en l'activitat econòmica i de serveis de privats pràcticament s'ha desactivat.

La situació actual mostra la crisi de la policia administrativa com a macroconcepte amb pretensions d'abastar el conjunt de l'activitat de les administracions públiques consistent a intervenir i ordenar determinats aspectes de l'activitat dels particulars. La policia administrativa es concentraria avui en la intervenció per raons de seguretat, una intervenció que no té ja, segons ens consta, les

referències característiques de la policia administrativa, amb la seva orientació marcada a mantenir i restablir l'ordre públic, sinó les que troben en el risc el seu nou paradigma.

Les raons de la intervenció sobre la lliure actuació econòmica dels particulars es reconduïxen també en el fons a la seguretat, i expressa així la tensió secular entre llibertat i seguretat que marca la dinàmica de qualsevol civilització. Però la seguretat que es fa valer en la intervenció pública sobre l'activitat econòmica és diferent de la seguretat objectiva enfront dels riscos.

La seguretat en l'economia té en molts casos caràcter selectiu. És la seguretat en l'activitat econòmica i el mercat de certs agents econòmics o de certs grups a favor dels quals s'aixequen, amb justificacions més o menys atendibles segons els casos, regulacions protectores que donen lloc a aquestes mesures d'intervenció. El proteccionisme, en les seves versions, que són molt variades, és en últim terme la raó de la intervenció administrativa, també per descompstat de l'autorització, que es deia que es fonamentava en consideracions econòmiques.

Les orientacions de les regulacions proteccionistes eren molt diverses: protecció de la indústria nacional, de la indústria local, enfront de les empreses exteriors; protecció dels detallistes enfront dels majoristes; protecció dels productors enfront dels distribuïdors, o al revés, protecció dels petits comerços enfront dels grans establiments comercials; protecció d'uns professionals enfront d'uns altres que podrien fer perfectament les mateixes funcions. Aquestes regulacions podien tenir justificacions de política econòmica fundades, objectives i raonables en la mesura que un sector o col·lectiu pogués requerir una protecció per a desenvolupar-se i enfortir-se en un moment donat. Podien també tenir motivacions menys presentables com els purs interessos partidistes, de grups de pressió o afavorir per part del poder polític els qui els donaven suport o finançaven.

Aquesta normativa proteccionista requereix en qualsevol cas una activitat de l'Administració que en bona mesura es materialitza per unes autoritzacions en les quals s'estableixen condicions i requisits que afavoreixen el sector protegit. Exigències com les de ser nacional, de disposar d'una qualificació professional determinada, de pertànyer a una corporació determinada, d'actuar exclusivament en un espai de l'activitat econòmica com a productor, o com a transportista, o com a distribuïdor, etc.

## **2.1.2. Les transformacions derivades del mercat únic europeu. La Directiva de serveis i el seu àmbit d'aplicació. Exclusió de serveis d'interès general i mercats regulats**

La formació d'un mercat únic als països de la Unió Europea, i l'eliminació progressiva de les barreres que poguessin oposar-se a la lliure activitat econòmica i a la llibertat d'establiment, hauria sens dubte de deixar una empremta

marcada en el règim d'intervenció, particularment mitjançant autorització, de les administracions públiques sobre l'activitat econòmica dels particulars i els serveis privats.

La reforma o transformació més profunda en aquesta matèria és sens dubte la que opera la Directiva 2006/123 CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006 relativa als serveis al mercat interior, més coneguda com a *Directiva de serveis* o *Directiva Bolkestein*.

Cal fer una precisió important sobre l'abast o l'àmbit d'aplicació d'aquesta directiva, ja que no abasta totes les activitats de contingut econòmic i de prestació de serveis. Als nostres efectes ens interessa destacar que els grans serveis i activitats econòmiques d'interès general (com l'activitat bancària, transports, telecomunicacions, serveis en xarxa o els serveis sanitaris), queden fora de l'àmbit d'aquesta Directiva i s'ordenen entorn d'un altre model d'activitat administrativa, de desenvolupament més recent a Europa, que és l'activitat de regulació.

#### **Directiva Bolkestein**

Aquesta denominació obedeix al nom del comissari europeu (Frits Bolkestein) encarregat d'impulsar l'aprovació d'aquesta directiva.

#### **Serveis i activitats singulars**

La Directiva es refereix a altres serveis i activitats molt singulars que són també exclosos del seu àmbit d'aplicació. Tal és el cas dels serveis prestats per notaris, els de seguretat privada, activitats de joc o activitats vinculades a l'exercici d'autoritat pública. Per les especialitats que concorren en cadascuna no podem detenir-nos-hi en una exposició general com la que ofereix aquest mòdul didàctic.

En realitat, la Directiva se centra en les activitats econòmiques més comunes i generals, les que ordinàriament escometen les petites i mitjanes empreses (pimes) com explícitament reconeix la pròpia Directiva.

En relació amb aquestes activitats, la determinació més transcendent i rotunda que s'estableix en aquesta Directiva i que constitueix la pedra angular del règim a partir de la qual es configura és el principi de supressió de tota intervenció administrativa prèvia a l'activitat econòmica o a la prestació del servei. Aquest és el principi bàsic i general que té com a conseqüència més destacada la supressió del tradicional règim d'autorització administrativa per a l'inici d'activitats econòmiques i serveis privats.

L'objectiu de la Directiva és eliminar les barrières que poguessin aixecar-se al lliure establiment i a la lliure prestació de serveis i activitats econòmiques. Es pretén també, com afirma la pròpia Directiva, oferir als consumidors més possibilitats d'elecció i uns serveis a preus més baixos.

Eliminada l'autorització administrativa prèvia, el règim que a partir d'aleshores s'estableix gira entorn d'unes altres figures com són la comunicació o la declaració responsable.

## 2.2. El règim de comunicació

### 2.2.1. Antecedents

La comunicació és una fórmula que té algunes experiències relativament recents en diversos sectors de l'ordenament com és l'urbanisme o el medi ambient. La comunicació se'n presenta aquí com a alternativa a l'autorització en activitats que es consideren de baixa intensitat i impacte. Així, la legislació urbanística d'algunes comunitats autònombes estableix que per a fer certes obres menors no cal l'autorització o llicència d'obres, ja que la comunicació a l'Administració és requisit suficient per a poder-les fer. Passa el mateix amb activitats i instal·lacions que es consideren d'escàs impacte ambiental –que solen estar enumerades en les lleis autonòmiques que preveuen aquesta fórmula– per les quals algunes lleis autonòmiques solament exigeixen que el promotor comuni qui a l'Administració l'inici de l'activitat, sense necessitat, per tant, d'obtenir una autorització ambiental. En qualsevol cas, aquests antecedents de la comunicació la situaven en un espai secundari i excepcional, davant el règim general d'autorització.

La Directiva generalitza el sistema de comunicació per a les activitats econòmiques i serveis que fan els particulars, de tal manera que, per vegada primera, la comunicació es converteix en la regla general i no en l'excepció.

### 2.2.2. Significat i característiques de la comunicació

La fórmula de la comunicació és, en si mateixa, molt simple. Consisteix a posar en coneixement de l'Administració l'inici d'una activitat econòmica o la prestació d'un servei per part d'un particular.

#### Lectura recomanada

Vegeu art. 69 LPAC.

Els perfils de la comunicació se'n fan més nítids per contrast amb les característiques principals de la tècnica autoritzatòria de la qual es diferencia netament. La comunicació no té cap semblança amb l'autorització ja que té un altre contingut i funcionalitat.

Però en la nostra cultura jurídica, en la qual està molt arrelada la presència i la intervenció autoritzatòria de l'Administració no deixa de causar un cert desconcert aquesta figura de la comunicació que exclou aquesta intervenció administrativa. Per això no han faltat plantejaments, vinculats a les inèrcies més arrelades, que han vist la comunicació com un succedani de l'autorització, i que mantenen que la comunicació seria molt similar a l'autorització presumpta o autorització per silenci.

Del règim jurídic breu i informal de la comunicació poden desprendre's tres notes ben característiques d'aquesta fórmula:

- 1) El protagonisme recau exclusivament sobre el particular comunicant i aquí radica la diferència més substantiva pel que fa a l'autorització. Per part de l'Administració no hi ha, ni s'ha d'esperar, cap intervenció. Cal destacar que amb aquesta fórmula no només se suprimeixen barreres administratives a l'activitat econòmica; també s'allibera l'Administració de l'onerosa càrrega i responsabilitat que, per a si mateixa i els seus efectius, suposava tramitar i resoldre les autoritzacions a la qual estaven subjectes un nombre ingent d'activitats de particulars, moltes de significació molt escassa.
- 2) L'Administració no ha de tenir, doncs, cap presència o intervenció activa en el senzill expedient de la comunicació, i s'ha de limitar a la posició de receptora, sense que tampoc se li exigeixi cap tràmit d'instrucció interna especial o arxiu d'aquesta comunicació –és una cosa que cada Administració disposarà en exercici de la seva potestat d'autoorganització–, excepte el seu registre en els termes que estableix la legislació bàsica de procediment administratiu. L'actuació i el protagonisme total són a la banda del comunicant. La part relevant és que emet la comunicació i pugui acreditar-ne la recepció per part de l'Administració.
- 3) El comunicant, davant l'absència de pronunciament administratiu, ha de cuidar-se de l'adequació de l'activitat que inicia al marc legal existent i és del tot responsable de la seva activitat, una responsabilitat que no pot traslladar a l'Administració i ni tan sols compartir-la amb aquesta.

### **2.2.3. Comunicació i activitat inspectora de l'Administració**

El tràmit de comunicació es tanca quan la rep l'Administració, que a partir de llavors pot fer les actuacions de comprovació que estimi pertinents d'entre les que la legislació li ofereix. Però cal destacar que aquestes possibles actuacions es recondueixen a l'exercici de la seva potestat de supervisió i inspecció, no a una facultat inexistente d'intervenció preventiva vinculada a la comunicació. L'Administració pot programar i ordenar l'exercici de la seva potestat inspectora segons els seus criteris i la seva potestat d'autoorganització. Per tant, no ha de ser una activitat necessàriament vinculada a la recepció de comunicacions, tot depèn del criteri de l'Administració.

Per descomptat, no s'ha de desconèixer que l'exercici de l'activitat inspectora de l'Administració no és del tot discrecional, en absolut. Pot venir requerit, i resultar fins i tot exigible, en els casos en què tingui coneixement que la seguretat o salubritat pugui veure's afectada, o de l'existència d'un conflicte. Per això, si de la comunicació s'obté aquest coneixement sobre l'existència

de riscos o conflictes, l'Administració ha d'activar d'ofici, i eventualment a instància de part, la seva activitat inspectora, que pot donar lloc a l'ordre de tancament de l'activitat.

Sobre l'operativitat i abast de la potestat inspectora de l'Administració –amb certa tendència a ser sobrevalorada en la nostra cultura jurídica tan proliu a la protecció administrativa– convé en qualsevol cas fer dues precisions:

- 1) La primera és per a destacar, i aclarir així l'entorn i la realitat mateixa de la comunicació, que les activitats que cobreix són estrictament econòmiques; els possibles riscos i incidències sobre la seguretat o salubritat serien, en tot cas, objecte d'atenció per l'autorització que decideix sobre el risc permès, autoritzat, i donarien lloc si cal als sistemes de gestió riscos que ja s'han exposat. El que és pròpiament l'activitat subjecta a comunicació no sembla que tingui el potencial de risc o de conflicte que justifica l'atenció preferent de l'Administració en exercici de la seva potestat inspectora, la qual cosa no impedeix en absolut que pugui activar-se controlant l'activitat econòmica o servei privat que sigui per a comprovar el compliment de les determinacions legals que puguin ser-li aplicables.
- 2) La segona precisió és per a destacar, com ja es va apuntar, que en el règim de comunicació el comunicant assumeix plenament la responsabilitat sobre la seva activitat i prestacions. Serà a ell primàriament a qui correspon adoptar, en l'orientació reflexiva tan marcada d'aquesta fórmula, les mesures de protecció, d'autoprotecció, enfront de possibles conflictes que la seva activitat pugui suscitar.

#### **2.2.4. Les limitacions de la fórmula de la comunicació i possibles vies de superació**

El règim de comunicació aporta avantatges indubtables que ja hem tingut en compte, fonamentalment la simplificació, la descàrrega de tràmits i intervencions tant per al particular com per a l'Administració. Però com a contrapartida d'aquests avantatges, té algunes limitacions, fonamentalment dues: una en el pla procedimental i una altra en el pla material o substantiu.

##### **La limitació formal. Absència de procediment i la participació inviable de tercers interessats**

Les limitacions procedimentals de la fórmula de comunicació són ostensibles. En realitat no es tracta només de limitacions, és que no hi ha cap procediment. I no n'hi ha perquè no hi ha acte administratiu –no hi ha declaració de voluntat de l'Administració– que, com a tal, hagi d'estar precedit i sigui resultat d'un procediment administratiu.

No es pot desconèixer, en qualsevol cas, que la comunicació és una fórmula que activa una activitat econòmica que pot tenir efectes amb incidència sobre tercers. La inexistència d'un procediment en el qual aquests interessats poguessin fer-se valer és sens dubte una limitació molt criticable de la fórmula de la comunicació. Els plantejaments liberalitzadors, tan simplificadors com simplistes, que són a la base del règim de comunicació desconeixen que l'autorització i el seu procediment no solament hi són per a imposar condicions i limitacions –que efectivament poden ser contràries a la llibertat d'establiment– sinó per a conèixer els drets i interessos aliens al sol·licitant –que poden per això fer-se valer mitjançant al·legacions en el procediment– potencialment afectats per l'atorgament de l'autorització.

### **Règim de comunicació**

Si algú volia obrir un local al públic als baixos d'un bloc de pisos, sol·licitava una llicència que implicava com a primer tràmit per l'Ajuntament posar-ho en coneixement dels veïns perquè presentessin les al·legacions oportunes. Amb el règim de comunicació qui pretén obrir un local als baixos, o una perruqueria al tercer pis simplement ha de comunicar-ho sense que es produueixi aquest tràmit crucial d'informació i participació dels veïns i interessats.

### **Limitació material. L'absència de declaració i cobertura administrativa**

La limitació més rellevant del règim de comunicació és que el comunicant no obté cap resposta, declaració o pronunciament per part de l'Administració. No pot en absolut considerar que l'Administració el faculta o li dóna suport. En això radica la diferència més ostensible respecte a l'autorització que expressa una declaració de l'Administració que proporciona al subjecte autoritzat unes referències certes, unes certeses, a les quals atenir-se. Fins i tot l'autorització per silenci és un pronunciament presumpcive de l'Administració. En canvi, davant la comunicació no hi ha, ni s'espera, cap pronunciament per part de l'Administració.

El gran problema que la comunicació suscita al comunicant és la falta de certeses a les quals atenir-se, la falta de seguretat jurídica en definitiva. No té la certesa –que sí que li donaria una declaració administrativa com és l'autorització– que l'activitat que es proposa fer s'ajusta a la legalitat en els termes en els quals la planteja o projecta. No té ni la certesa que l'Administració a la qual dirigeix la comunicació sigui la competent en la matèria. Tampoc el règim de comunicació li adverteix sobre possibles drets o interessos de tercers que requerissin un tràmit d'al·legacions tal com destacàvem en l'anterior apartat.

## **Superacions a les limitacions. Cobertura privada i tutela judicial civil**

La falta de procediment i participació de tercers interessats –normalment veïns– pot donar lloc a una conflictivitat que, en cas de plantejar-se en termes judicials, ha de ser resolta pels tribunals civils, ja que no hi ha cap resolució administrativa contra la qual recórrer.

La falta de declaració administrativa pot activar una fórmula complementària perquè el comunicant pugui trobar la cobertura que no li ofereix l'Administració. La via per la qual el comunicant pot aconseguir una referència o cobertura sobre el seu compliment amb la legalitat aplicable i la limitació de les seves responsabilitats és mitjançant la declaració d'un tercer qualificat. El comunicant pot sol·licitar a una entitat qualificada que verifiqui i acrediti si escau el compliment amb les normes jurídiques, i eventualment amb les normes i exigències tècniques reconegudes en el sector. Aquesta entitat pot també responsabilitzar-se d'aquesta acreditació de tal manera que al comunicant no li sigui exigible responsabilitat en la mesura que atengui el que verifica i accredita aquella. Per descomptat, el recorregut d'aquesta via comporta al comunicant un cost significatiu com a pagament a l'entitat d'acreditació pels seus serveis, més si aquesta assumeix la responsabilitat per la seva acreditació. Un cost que, per descomptat, és més elevat que el que abans li hauria suposat les taxes d'una autorització administrativa.

En els últims anys han proliferat de manera molt significativa les entitats privades de verificació, acreditació i certificació. La seva tipologia no està del tot definida –unes tenen un reconeixement o habilitació de l'Administració i poden exercir per delegació certes funcions seves, mentre que unes altres operen sense aquest reconeixement amb efectes estrictament privats de les seves actuacions– però, en el marc d'una relació privada de prestació de serveis, poden oferir a altres subjectes la determinació i clarificació de les seves obligacions legals en els supòsits, cada vegada més freqüents i el de la comunicació n'és un, en els quals l'Administració no les hi determina per falta de pronunciament seu.

### **2.2.5. Les excepcions al règim de comunicació**

Com mostra l'experiència de la qual s'ha donat compte tan succinctament, la cultura jurídica anglosaxona, particularment la que es desenvolupa als Estats Units d'Amèrica, és contrària a les intervencions prèvies, preventives, per part del poder públic, però reforça i grava considerablement la responsabilitat – per això aquestes condemnes a indemnitzacions milionàries que imosen allà els tribunals i la notícia de les quals sorprèn la nostra opinió pública– en la qual poden incórrer els particulars. Es reconeix la llibertat d'actuació en termes molt amplis, però s'han d'assumir les conseqüències.

En l'Europa continental, amb la seva creença inicial en les bondats de l'estat i la tutela de l'Administració, l'intervencionisme i control administratiu es troba en canvi molt estès. La convicció que per a l'exercici d'una activitat de prestació econòmica es requereix un permís, una autorització o una llicència està molt arrelada en el subconscient col·lectiu i en els hàbits i inèrcies de les administracions. En aquesta cultura, la introducció del règim de comunicació, amb el que comporta de pèrdua absoluta de protagonisme administratiu i de pèrdua de seguretat jurídica per al comunicant, pot originar una situació de desconcert davant la dissolució de les referències tradicionals.

No ens estranya per això que la pròpia Directiva prevegi el conegut règim d'autorització, d'intervenció preventiva o, *a priori*, en certs supòsits. El criteri de la Directiva és que el règim normal, ordinari, és el règim de comunicació, mentre que l'excepció la constitueix l'autorització, ja que perquè es pugui establir un règim d'autorització cal que estigui justificat "per una raó imperiosa d'interès general".

Quines són aquestes raons imperioses d'interès general? La Directiva les concep en termes molt amplis. Sense necessitat de retenir-les, convé al·ludir-hi per a fer-se una idea del seu abast i entitat: seguretat pública, protecció civil, salut pública, ordre públic, protecció del medi ambient i de l'entorn urbà, la conservació del patrimoni artístic i cultural, la lluita contra el frau, la protecció dels consumidors i dels treballadors.

Els poders nacionals disposen així d'una cobertura conceptual molt àmplia per a justificar l'establiment de règims d'autorització, de tal manera que en realitat el règim de comunicació pot passar a ser el règim especial davant la difusió de l'autorització que troba diverses justificacions en les raons d'interès general tan genèricament enunciades.

### **Règim d'autorització**

Així, les administracions autonòmiques i locals poden pretendre la fixació d'un règim d'autorització per a protegir el medi ambient i l'entorn urbà, la qual cosa permetria limitar el nombre d'establiments comercials. També és molt genèrica la justificació de la protecció dels consumidors que podria donar cobertura a intervencions preventives i de control mitjançant autoritzacions. El mateix pot dir-se de les raons de seguretat i moltes altres.

És important destacar, en qualsevol cas, que moltes activitats econòmiques i de serveis necessiten una autorització administrativa per raons de seguretat, raons urbanístiques o per altres consideracions diferents de les que reparen en el component estrictament econòmic de l'activitat, encara que hi puguin estar estretament relacionades.

### 3. Activitat inspectora i sancionadora. Les sancions administratives

#### 3.1. La potestat sancionadora de l'Administració. Els problemes d'adaptació als principis de l'estat de dret

##### 3.1.1. Problemes d'adaptació

Les administracions públiques disposen de potestats sancionadores d'abast molt divers però que impliquen en qualsevol cas l'exercici d'una potestat de contingut punitiu, afflictiu.

El reconeixement d'aquesta potestat sancionadora a l'Administració ha plantejat, amb tota lògica d'altra banda, força problemes i reserves que deriven de la que es presenta com la seva incompatibilitat amb principis bàsics de l'estat de dret, particularment amb el principi de divisió de poders. Simplificant el plantejament, pot destacar-se com el reconeixement mateix de la potestat sancionadora de l'Administració planteja problemes greus en la seva relació amb el poder judicial i amb el poder legislatiu.

En relació amb els tribunals, la qüestió que cal destacar és el principi d'atribució a si mateixos del poder punitiu de l'Estat. Són els tribunals els que tenen la facultat d'imposar penes. Aquest principi és del tot cert i es compleix de manera inexorable pel que fa a les penes privatives de llibertat, que només poden ser imposades pels tribunals. Però els tribunals també imosen penes d'un altre tipus, com multes, inhabilitacions, etc. i una potestat punitiva similar, sancionadora, pot ser també exercida per les administracions, que poden arribar a imposar multes molt més altes que les decidides pels tribunals.

En relació amb el poder legislatiu la qüestió es troba en l'estreta reserva de llei tan fermament establerta per a la previsió d'il·lícits i penes: *nulla pena sine lege*, amb la incorporació tradicional a un sol cos legislatiu, el Codi penal, dels il·lícits i les penes. La veritat és, de totes maneres, que només cal mirar l'ordenament per a trobar-hi moltes disposicions de rang molt divers amb determinacions, també molt diverses, sobre sancions administratives. La contradicció amb el principi estricte de reserva de llei sembla evident.

### 3.1.2. Les explicacions de la potestat sancionadora

Més que justificacions, que serien difícilment argumentables en l'entorn de l'estat de dret al qual ens hem referit sumàriament, la potestat sancionadora té una sèrie d'explicacions que en fan una potestat de la qual no s'ha pogut prescindir.

**Explicació històrica.** Fins i tot quan la separació de poders, a principi del segle XIX, es va enunciar de manera més categòrica, les autoritats administratives, sobretot les locals, van conservar certes potestats de caràcter punitiu que progressivament es van anar estenent a altres instàncies administratives. L'Administració sempre ha disposat, és un fet objectiu, de facultats sancionadores d'àbast divers.

**Explicació constitucional.** També les constitucions reconeixen de manera més o menys explícita la potestat sancionadora de l'Administració. La Constitució de 1978 li dispensa un tractament detallat a fi de dimensionar, establint pressupòsits i límits precisos, aquesta potestat, però reconeixent-la al cap i a la fi.

#### Lectura recomanada

Vegeu l'article 25 de la CE per comprovar el tractament detallat que dispensa la Constitució de 1978.

**Explicació pràctica.** Sens dubte la fonamental i més contundent. Davant la quantitat absolutament inabordable de normes que regulen sectors molt diversos, el nombre d'infraccions a aquestes és també molt alt. Els tribunals són absolutament incapços de conèixer totes aquestes infraccions, ordinàriament de poca gravetat, i són llavors les administracions públiques les que exerceixen aquesta funció per reprimir les actuacions que suposin infraccions de les normes.

Però si la potestat sancionadora resulta inevitable i ha d'admetre's per la força dels fets, això no impedeix en absolut que aquesta potestat es delimiti i dimensioni de tal manera que compleixi unes exigències mínimes i irrenunciables de l'estat de dret. Aquestes exigències es troben en les dues línies de referència d'aquesta potestat a les quals ja s'ha fet referència:

- 1) Una és la relació que té amb el poder legislatiu i la seva inserció en l'ordenament jurídic, unes exigències materials, de continguts, que podrien agrupar-se entorn del principi de legalitat. Són qüestions relatives als continguts i als aspectes materials de la potestat sancionadora.
- 2) L'altra és la relació de la potestat sancionadora amb els tribunals, que pot estendre's perfectament a les garanties del procediment sancionador, a la revisió judicial i a la possible intervenció dels tribunals penals si els fets poguessin considerar-se també constitutius de delicte. Es tracta de qüestions bàsicament procedimentals.

Convé destacar que durant el règim franquista es va abusar considerablement d'una potestat sancionadora que tenia uns límits molt difusos, i fins i tot completament inexistentes. La Constitució va oferir llavors un tractament detallat de les sancions administratives per a les quals va establir condicions i exigències molt precises. El Tribunal Constitucional va examinar molt aquestes exigències en una primera jurisprudència en la qual no va encertar a situar la potestat sancionadora en una posició realista, atenta també als interessos públics que l'Administració defensa amb aquesta. El resultat va ser, com podrem comprovar, que per via legislativa es va reforçar la potestat sancionadora de l'Administració per a salvar les rigoroses exigències imposades per la jurisprudència del Tribunal Constitucional. Així, per exemple, les rigoroses exigències probatòries es van salvar amb la determinació legal que entén provats els fets relatats per l'agent d'autoritat, així la potestat sancionadora de l'Administració va sortir, fet i fet, molt reforçada.

Tota la jurisprudència del TC en aquesta matèria és la que inspira el règim general de sancions administratives que es recull actualment tant en la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, com en la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic. Significativament aquestes dues normes tenen per objecte la regulació de dos aspectes diferents: d'una banda, la LRJSP estableix els "Principis de la potestat sancionadora", tracta totes les qüestions materials o de contingut; mentre que la LPAC s'ocupa de regular les qüestions procedimentals i formals que afecten a l'exercici de la potestat sancionadora de l'Administració.

### **3.2. Els continguts i aspectes materials de la potestat sancionadora. La seva relació amb el principi de legalitat**

#### **3.2.1. La reserva de llei i el seu abast**

La Constitució estableix en l'article 25.1:

"Ningú pot ser condemnat o sancionat per accions o omissions que en el moment de produir-se no constitueixin delicte, falta o infracció administrativa, segons la legislació vigent en aquell moment".

Article 25.1 de la Constitució.

S'estableix així una reserva de llei per a tipificar sancions administratives en els mateixos termes que es prescriu per als delictes. Una exigència de reserva de llei, doncs, molt rigorosa: només la llei formal, emanada del parlament, podria descriure les conductes constitutives d'infracció administrativa susceptibles, per tant, de ser sancionades.

Reserva de llei formal per a tipificar les infraccions que reitera l'article 27 de la LRJSP en preveure's que:

"Només constitueixen infraccions administratives les vulneracions de l'ordenament jurídic previstes com a tals infraccions per una llei."

Article 27.1 de la LRJSP.

Aviat es va percebre, no obstant això, que la reserva així entesa, en el sentit literal, no s'adequava a la realitat normativa de l'Administració, en la qual freqüentment es remeten a normes reglamentàries elements molt rellevants.

Es donava el cas a més de les administracions locals, que, sense potestat legislativa, no podrien actuar per via sancionadora davant conductes perturbadores i clarament contràries a l'interès públic que poden donar-s'hi de manera més o menys accentuada.

El Tribunal Constitucional va acabar reconeixent en aquest punt l'anomenada *remissió normativa* i la possibilitat d'intervenció del reglament en la tipificació de sancions. Es reserva a la llei la determinació dels criteris bàsics d'antijuridicitat, i llavors el reglament o l'ordenança local pot perfilar els detalls.

En aquest sentit, l'article 27.3 de la LRJSP preveu el següent:

"Les disposicions reglamentàries de desenvolupament poden introduir especificacions o graduacions al quadre de les infraccions o sancions establetes legalment que, sense constituir infraccions o sancions noves, ni alterar la naturalesa o límits de les que la llei preveu, contribueixin [...] a la determinació més precisa de les sancions corresponents."

Article 27.3 de la LRJSP.

### 3.2.2. Principis de tipicitat i proporcionalitat

Les normes han de definir perfectament la infracció i sanció prevista, i no poden resultar admissibles clàusules generals d'apoderament que permetin a l'Administració sancionar les conductes que consideri susceptibles de retret en cada moment.

És molt significativa sobre aquest tema la prohibició taxativa dels tribunals d'honor per mandat exprés de la Constitució. És en realitat el principi de tipicitat el que s'oposa frontalment a aquest tipus de tribunals ja que les seves resolucions i sancions tenien en compte valoracions ètiques o deontològiques, suposadament vinculades a l'honor d'un grup social o un col·lectiu professional, que no estan tipificades en cap norma.

El principi de proporcionalitat, per la seva banda, modera els possibles excessos en la tipificació de sancions, i rebutja les que no siguin proporcionades a la infracció comesa. Però és sobretot en l'aplicació de les normes sancionadores on el principi de proporcionalitat adquireix la seva significació més rellevant, ja que sovint per a una mateixa infracció es preveu una sanció de contingut variable que ha de concretar-se amb la modulació que dispensa el principi de proporcionalitat.

#### Lectura recomanada

Vegeu l'article 26 de la CE per conèixer el mandat exprés de la Constitució.

#### Principi modulador

Davant una mateixa infracció, per exemple abocar substàncies no autoritzades a un riu o curs fluvial, és perfectament possible, és freqüent d'altra banda, que la normativa prevegi unes sancions que oscil·lin entre els 200 i els 3.000 euros, per posar-ne un exemple. El principi modulador fonamental és llavors el principi de proporcionalitat tenint en compte la gravetat de la infracció: el volum d'abocament o la perillositat de les substàncies.

cies llançades al riu. No pot imposar-se una sanció elevada per abocar substàncies que no generen cap risc.

### **3.2.3. El problema del *bis in idem***

Amb anterioritat a la Constitució era relativament freqüent que un mateix fet pogués ser objecte de dues –o fins i tot més– sancions o d'una sanció administrativa i d'una condemna penal.

Es va afirmar llavors, en cercles doctrinals i jurisprudencials, el principi del *non bis in idem*, que rebutjava del tot la imposició de més d'una sanció pel mateix fet infractor.

Com destacava el Tribunal Constitucional, es tracta d'un principi que:

"[...] si bé no es troba recollit expressament en els articles 14 a 30 de la Constitució, va íntimament unit als principis de legalitat i tipicitat de les infraccions recollit principalment en l'article 25 de la Constitució."

STC 2/1981, de 30 de gener

Aquest plantejament general es va matisar després prenent en consideració el bé jurídic protegit. Es va afirmar, així, que un mateix fet pot ser susceptible de dues sancions si les normes que les preveuen protegeixen béns jurídics o valors diversos.

#### **Article 31.1 de la LRJSP**

Per la seva banda, l'article 3.1.1 de la LRJSP assenyala el següent:

"No poden sancionar-se els fets que ho hagin estat penalment o administrativament, en els casos en què s'aprecii identitat de subjecte, fet i fonament."

#### **Principi *non bis in idem***

Un xofer d'un organisme oficial agafa a la nit un vehicle oficial per a ús privat i impressionar les seves amistats. Aquella nit comet amb aquest vehicle una infracció de trànsit greu. La seva conducta serà objecte de sanció per la normativa de seguretat vial, però també pot ser-ho per les normes d'utilització del parc mòbil dels ministeris o de l'organisme oficial que sigui.

### **3.3. Aspectes procedimentals de la potestat sancionadora**

#### **3.3.1. Les garanties procedimentals. La separació entre fase instructora i sancionadora**

Les sancions administratives són actes administratius que requereixen un procediment administratiu previ. Les especialitats referides al procediment administratiu sancionador es recullen, amb caràcter general, a la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques. Tot i les especialitats que es preveuen en la Llei –o en la normativa aplicable en cada cas concret– aquest procediment ha de respectar els principis bàsics del procediment administratiu i sobretot els aspectes més garantistes tenint en compte el contingut afflictiu d'aquests actes. Tràmits d'audiència, allegacions, plec de càrrecs, proposició de prova, etc.

A més el Tribunal Constitucional ha declarat extensibles al procediment administratiu sancionador, en la mesura que la seva naturalesa no ho impedeixi, els drets i principis garantistes del procés penal. Aquí cal esmentar el dret a conèixer l'acusació formulada, el dret al jutge (a l'òrgan administratiu sancionador) independent i predeterminat per la llei, el dret –per descomptat– a la presumpció d'innocència que figura en la Constitució com un dret fonamental.

Hi ha un principi bàsic del procés penal que s'incorpora al procediment administratiu sancionador, on adquireix una rellevància especial. Es tracta de la distinció en el procés penal de la fase instructora, en la qual s'investiguen i fixen els fets, i la fase d'aplicació del dret als fets prèviament fixats. Són fases que el procés penal atribueix a jutges diferents per evitar l'anomenada *contaminació*: evitar que el jutge instructor, en endinsar-se en els fets i conèixer molt directament els protagonistes, dicti sentència. Aquesta funció s'encomana a un altre jutge o tribunal que actua així a una distància prudent dels fets i les persones que hi van intervenir.

Així, l'article 63.1 de la LPAC estableix:

"Els procediments de naturalesa sancionadora s'iniciarán sempre d'ofici per acord de l'òrgan competent i estableiran la deguda separació entre la fase instructora i la sancionadora, que s'han d'encomanar a òrgans diferents."

Article 63.1 de la LPAC.

En cada procediment s'ha de nomenar un instructor que coneix dels fets i fa les investigacions que estimi pertinents. Pot cridar a declarar les persones implicades, testimonis, i atén les seves al·legacions i peticions de pràctica de prova.

Finalitzada la instrucció, l'òrgan instructor trasllada la informació recaptada a l'òrgan que té la competència sancionadora perquè resolgui, si escau, sancionar o no per aquests fets i quin tipus de sanció segons les determinacions normatives aplicables.

Aquesta exigència de separació de fases, i d'òrgans diferents per a cadascuna, és fonamental en el procediment sancionador de tal manera que el seu desconeixement comporta la nul·litat de les actuacions.

### **3.3.2. La presumpció d'innocència i la presumpció probatòria de les constatacions realitzades per agents de l'autoritat**

La presumpció d'innocència és un autèntic dret fonamental que recull com a tal l'article 24 de la Constitució. La primera jurisprudència del Tribunal Constitucional, molt poc matisada, feia molt difícil que l'Administració pogués aportar material probatori que destruís aquesta presumpció.

#### **Lectura recomanada**

Vegeu l'article 24 de la CE per conèixer els principis garantistes del procés penal.

Es va reaccionar llavors per via legislativa amb un precepte que desactiva del tot aquesta presumpció d'innocència en imposar-hi la presumpció de certesa de les constatacions realitzades per agents d'autoritat. El precepte en qüestió és l'article 77.5 de la LPAC.

"Els documents formalitzats pels funcionaris als quals es reconeix la condició d'autoritat, i en els que, observant els requisits legals corresponents s'hi recullen els fets constatats per aquells, en faran prova, tret que s'acrediti el contrari."

Article 77.5 de la LPAC.

És un precepte de constitucionalitat més que dubtosa, ja que s'estableix per llei una presumpció probatòria que contradiu obertament la presumpció d'innocència que s'estableix per norma de rang constitucional. El més encertat sembla que hauria estat una delimitació pel Tribunal Constitucional de l'àmbit de la presumpció constitucional d'innocència en l'àmbit sancionador.

### **3.3.3. Potestat sancionadora administrativa i jurisdicció penal**

Com ja hem dit en tractar el principi *non bis in idem*, és perfectament possible que uns mateixos fets suscitin la intervenció de l'Administració, perquè hi adverteix una possible infracció administrativa, i dels tribunals penals, perquè entenen que aquests fets poden ser també constitutius de delicte.

Si hi ha intervenció dels tribunals han de ser aquests els que determinen i fixen els fets, després de la instrucció prèvia. Aleshores l'Administració no pot fer una instrucció paral·lela, sinó que ha d'ajustar-se als fets que el Tribunal fixi i doni per provats.

Sobre els fets així establerts el Tribunal posa una pena, si són constitutius de delicte, i l'Administració només pot imposar una sanció si el seu fonament es troba en la protecció un bé jurídic diferent del que és objecte de tutela per la normativa penal. Resulta així d'aplicació el que s'ha dit sobre l'anomenat *bis in idem*.

## 4. Activitat de foment. La subvenció

### 4.1. Caracterització i trajectòria històrica de l'activitat de foment

Les que hem vist fins ara són les modalitats d'activitat administrativa que impliquen una intervenció –que pot ser fins i tot del tot passiva com en la comunicació– de l'Administració sobre l'activitat dels particulars per a verificar que s'adqua a l'ordenament jurídic i per a corregir i reprimir si cal –mitjançant ordres o sancions administratives– les desviacions del que estableix l'ordenament i que es concreta si escau mitjançant actes administratius com és el cas de l'autorització.

#### Risc permès

Comprovem també que en molts sectors que abans dominava la policia administrativa el concepte clau és el de risc permès, que es determina per les normes i es concreta si escau mitjançant actes administratius com pot ser l'autorització per raons de seguretat. L'activitat administrativa d'intervenció s'orienta si escau a mantenir les activitats dels particulars en l'àmbit del risc permès.

Abordem a partir d'aquí uns tipus d'actuació administrativa que no tenen com a referència el manteniment de l'ordre jurídic o del risc permès i els paràmetres normatius o de resolucions administratives que els determinen, sinó que operen sobre el que genèricament podria anomenar-se *activitat de prestació de serveis i activitats econòmiques d'interès general*, encara que no solament activitats econòmiques, sinó també activitats culturals i assistencials. Activitats de prestació que són en uns casos desenvolupades pels particulars i en uns altres per les pròpies administracions o per ens públics que en depenen.

#### Activitat administrativa a Alemanya

A Alemanya, on tradicionalment es registra un decidit esforç sistematizador, es tendeix a agrupar el conjunt de l'activitat administrativa en dos grans fronts: un és l'orientat a mantenir l'ordre en el sentit més genèric (*Ordnung*) i l'altre és el de l'activitat de prestació (*Leistung*) amb totes les variants, incloent-hi també i des de fa poc l'activitat de regulació.

Doncs bé, entre l'activitat de prestació en el sentit més genèric podria enquadRAR-se la que tradicionalment es coneix com a **activitat de foment de l'Administració**. No tracta de mantenir l'ordre jurídic, ni determinats estàndards de seguretat, ni de preservar límits de risc, sinó d'incidir sobre l'activitat prestacional dels particulars en el sentit més ampli, que comprendria no solament activitat econòmica o productiva, sinó també activitat de caràcter cultural i assistencial.

El que pretén l'Administració és orientar l'activitat dels particulars cap a una direcció o uns objectius que es consideren d'interès general com pot ser, a títol d'exemple, augmentar la producció en un sector econòmic que es consideri estratègic, augmentar les vendes en un altre que es troba en situació de crisi, que els científics i centres d'investigació estudiïn una malaltia nova o que es conegui un gènere determinat del folklore popular.

Aquesta orientació o reconducció de l'activitat privada no pot fer-se de cap de les maneres amb mitjans coactius, ja que s'affectaria la llibertat més elemental dels particulars per a emprendre o no una iniciativa determinada. Els mitjans que pot fer servir l'Administració només poden ser l'estímul o l'incentiu, el foment en definitiva.

## 4.2. Contingut i evolució de les mesures de foment

A efectes expositius podem distingir tres grans fases en l'evolució de les mesures de foment i el seu contingut:

- 1) Les mesures de foment en l'estat liberal i el període que el precedeix.
- 2) L'expansió de les mesures de foment de contingut econòmic al segle XX amb el desenvolupament de l'estat social.
- 3) La restricció del règim de subvencions al mercat únic europeu i la seva subjecció a un règim de lliure competència.

### 4.2.1. Les mesures de foment en l'estat liberal i el període que el precedeix

Fins a l'estat liberal i la seva implantació al llarg del segle XIX, les mesures de foment no tenien, en general, un contingut econòmic. Els mateixos postulats de l'estat liberal, que reclamaven una administració pública de baix cost, s'oposaven a lliurar fons públics a particulars. Les seves conductes s'incentivaven per altres mitjans que no tenien cost econòmic per a l'estat: concessió d'honoris, condecoracions, títols honorífics. Uns mitjans el valor i efectes dels quals eren llavors molt apreciats, sobretot els títols honorífics que comportaven l'atribució d'un estatus privilegiat, no ja només en el pla social, sinó també en el jurídic, amb l'atribució de drets i restricció d'obligacions.

#### **4.2.2. L'expansió de les mesures de foment de contingut econòmic al segle xx amb el desenvolupament de l'estat social**

Entrat el segle XX, en ple desenvolupament de la societat industrial, amb el protagonisme reconegut i reforçat de l'Administració, augmenta extraordinàriament l'activitat de foment que empra mitjans de contingut econòmic i d'una manera destacada les subvencions. Les polítiques fiscals més rigoroses van permetre d'altra banda que les administracions disposessin de fons públics per a destinar-los a aquestes subvencions que donaven suport a l'activitat empresarial, i la incentivaven, en sectors que es consideraven estratègics o d'atenció pública preferent.

També en el pla cultural i educatiu, al límit de la decidida presència pública en aquests sectors, es registra una expansió espectacular de les mesures de foment. Sobretot amb la creació de les comunitats autònomes, i la seva marcadament política de protecció de les expressions culturals que consideren pròpies, aquesta activitat de foment en l'àmbit cultural arriba a les cotes més altes.

#### **4.2.3. La restricció del règim de subvencions al mercat únic europeu i la seva subjecció a un règim de lliure competència**

Amb el procés d'integració europea i el mercat únic que implanta, el règim de subvencions per a activitats econòmiques i empresarials adquireix una configuració completament nova.

D'una banda, es duu a terme una política de conformació estructural d'aquest mercat únic al qual s'aspira. Aquesta orientació comporta atorgar tota una línia d'ajudes econòmiques i subvencions, política genuïna de foment, per a igualar al màxim les condicions estructurals del mercat a tot Europa, amb subvencions i mesures de foment per a les zones i sectors que es consideraven deprimides o desfavorides.

Però a mesura que s'avança en la formació d'aquest mercat únic, el règim de subvencions i ajudes econòmiques es restringeix extraordinàriament, sobretot quan en les dues últimes dècades s'affermen les polítiques econòmiques que fan de la lliure competència l'eix central. Es rebutgen llavors completament tots els avantatges econòmics que podia tenir una empresa que actua en un mercat únic en el qual competeix amb altres empreses radicades en aquest estat de la Unió o en un altre. Només les ajudes i subvencions que es justifiquen en estrictes raons d'equilibri i cohesió territorial<sup>1</sup> poden resultar admissibles en el marc del dret europeu.

<sup>(1)</sup>Per exemple, ajudes a companyies aèries per a viatjar a zones insulars o regions deprimides.

Les mesures de foment amb finalitats culturals o assistencials no són limitades per aquest marc propi de les activitats econòmiques que imposa la lliure competència. Les seves limitacions són degudes a l'escassetat de fons públics derivada de la crisi econòmica i la seva mala gestió, però no d'un marc jurídic que no les qüestiona.

### **4.3. La subvenció. Naturalesa i règim jurídic**

La naturalesa jurídica de la subvenció és la d'una donació modal. Es tracta d'una aportació dinerària amb càrrec a fons públics subjecta al compliment d'un determinat objectiu o finalitat.

Aquest és el concepte estricte de **subvenció**, centrat en una aportació dinerària, que acull la Llei de subvencions. La Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions defineix la subvenció com una disposició dinerària feta per una administració pública a favor de persones públiques o privades, que compleix els requisits següents:

- a) Que el lliurament es faci sense contraprestació directa dels beneficiaris.
- b) Que el lliurament estigui subjecte al compliment d'un objectiu determinat, l'execució d'un projecte, la realització d'una activitat, l'adopció d'un comportament singular, ja realitzats o per desenvolupar, o la concorrència d'una situació (el beneficiari ha de complir les obligacions materials i formals que s'haguessin establert).
- c) Que el projecte, l'acció, conducta o situació finançada tingui per objecte fomentar una activitat d'utilitat pública o interès social o promocionar una finalitat pública.

No obstant això, en un sentit més ampli poden incloure's en el concepte de subvenció, la categoria jurídica central de la qual és la donació, els lliuraments en espècies (per exemple, llavors) o de béns immobles (per exemple, parcel·les per conrear) que són també mesures de foment dogmàticament assimilables a la subvenció, encara que la legislació vigent no les considera pròpiament subvencions.

#### **4.3.1. Principis generals del règim de les subvencions. Publicitat i transparència**

És el dret europeu el que més insisteix i regula la fase prèvia a l'atorgament de les subvencions, més o menys com passa amb els contractes administratius, per imposar els principis de publicitat i transparència. I és que la liberalitat que presideix alguns aspectes importants de la subvenció no significa, de cap manera, que es tracti d'una figura sense regulació, oberta a la lliure disponibilitat de l'Administració a atorgar-les.

#### 4.3.2. Procediment

La subvenció s'atorga mitjançant una resolució administrativa que, com a tal, ha d'anar invariablement precedida per un procediment. En aquest procediment té una rellevància especial la fase d'instrucció: el coneixement i valoració tècnica de les sol·licituds presentades. Per això la Llei de subvencions encomana aquesta fase d'instrucció a un òrgan col·legiat –per acollir perits i experts diversos– diferents de l'òrgan al qual s'encomana la facultat de resoldre sobre l'atorgament o denegació de les subvencions.

#### 4.3.3. Gestió, aplicació i reintegrament de la subvenció

L'Administració pot comprovar en qualsevol moment la destinació efectiva de la subvenció a les finalitats que la justifiquen. La llei preveu el reintegrament de la subvenció quan les quantitats no es destinin a les finalitats previstes i també quan la subvenció s'hagi obtingut de manera fraudulenta.

##### Lectura recomanada

Vegeu article 37 de la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions.

## 5. Activitat de prestació. El servei públic

### 5.1. La formació i evolució del concepte de servei en la societat industrial. La seva connexió amb el model d'estat social i l'Administració prestacional

#### 5.1.1. L'aparició de la idea de servei públic com a resposta a les transformacions de la industrialització i urbanització

En la segona meitat del segle XIX es produeix al món occidental un gran desenvolupament industrial que altera del tot el paisatge urbà. Moltes ciutats són ja grans concentracions humanes que plantegen unes necessitats i demandes urgents de serveis bàsics com el de proveïment d'aigua, d'energia, d'enllumenat, serveis de recollida d'escombraries, xarxes de sanejament i clavegueram, serveis de transport públic, etc. Uns serveis que, amb els avenços tècnics impressionants que es produeixen en la Revolució Industrial, ofereixen unes modalitats de prestació desconegudes fins aleshores, pensem, per exemple, en l'enllumenat o en el transport mitjançant tracció mecànica.

Les administracions públiques, especialment les administracions municipals, van pretendre llavors assumir el control i protagonisme sobre aquests serveis. Per a això es considerava necessari disposar d'un títol jurídic que emparés i justifiqués la presència de l'Administració en aquestes activitats de prestació a les comunitats, sobretot les que es concentraven a les ciutats. Cal recordar que en el model d'estat dominant al llarg del segle XIX, l'anomenat *estat liberal*, que restringia la intervenció administrativa a l'estRICTAMENT indispensable, resultava imprescindible justificar la presència de l'Administració en nous sectors.

Sobretot en l'Europa continental, es va pretendre justificar el protagonisme administratiu sobre aquests nous serveis en els títols més assentats en aquell moment i que justificaven de manera inqüestionable l'activitat administrativa en altres fronts.

Així, en l'òrbita de la cultura jurídica germànica, Alemanya i Àustria especialment, estava molt arrelat el títol de la policia administrativa, policia de seguretat. Es va invocar aleshores aquest títol per a situar sota el domini de l'Administració serveis com l'enllumenat públic, ja que, s'argumentava, era necessari per a mantenir la seguretat a la nit als carrers; o el proveïment d'aigua a les ciutats, al qual s'atribuïa una gran importància per raons de seguretat, perquè es considerava imprescindible per a sufocar els incendis.

En l'Europa meridional –França, Espanya, Itàlia– es va invocar en canvi un altre títol, el del domini públic, que estava més arrelat en aquestes latituds i era desconegut en lòrbita germànica. Entre els béns de domini públic, sota una tutela administrativa intensa i justificada, hi havia llavors i ara les vies urbanes, les carreteres o les vies del ferrocarril. El cas va ser que molts d'aquests nous serveis utilitzaven per al traçat de les seves xarxes les vies públiques: així, les xarxes de proveïment d'aigües s'instal·len en el subsòl dels carrers, el mateix es va fer amb la xarxa de sanejament i clavegueram; també en les vies públiques s'aixequen els fanals del servei d'enllumenat públic o els pals per a l'estesa de cables elèctrics; i, per descomptat, és en aquestes mateixes vies on es presta el servei de transport públic de passatgers o el de recollida d'escombraries. L'Administració va trobar en el domini públic viari la justificació i el títol per a estendre el seu domini als serveis que utilitzaven com a suport les vies de domini públic.

Resultava, no obstant això, molt forçat el recurs a aquests vells títols d'intervenció, la policia o el domini públic, que s'estiraven fins a desnaturar-los per a justificar el domini i les potestats de l'Administració sobre la prestació d'uns nous serveis que presentaven característiques pròpies molt definides. Així, es va anar obrint pas ja al segle XX, una idea més ajustada a la realitat, i per això mateix més senzilla: la idea de servei públic, sobre la qual es construirà el títol jurídic del mateix nom. Els nous serveis –lluminació, proveïment d'aigües, transport, recollida d'escombraries– queden sota la tutela i control de l'Administració no per raons de seguretat o perquè utilitzen el domini públic, sinó perquè, senzillament, són serveis bàsics per a la comunitat, d'interès públic indubtable, tant o més que la seguretat o la protecció dels béns de domini públic. Aquesta noció, tan primària com precisa, de servei públic és a la base de l'elaboració del títol jurídic de servei públic, amb uns perfils concrets que aniran evolucionant i modulant-se com podem veure immediatament.

### **Servei públic**

Convé en qualsevol cas destacar com aquesta noció de servei públic es desenvolupa inicialment en l'àmbit municipal, al límit del procés de formació de grans ciutats. És el moment del trànsit d'una societat rural, que permetia l'autoabastiment de les petites poblacions, a una societat urbana en la qual els ciutadans, allunyats de la naturalesa, no poden satisfer-se les necessitats bàsiques i requereixen infraestructures i agents que els prestin aquests serveis bàsics. La Revolució Industrial i les innovacions tècniques consegüents confereixen a aquests serveis –només cal pensar en el d'enllumenat o el de transport públic de viatgers– unes característiques i condicionants en la seva prestació que els diferencia del tot de les realitats i experiències anteriors a la Revolució Industrial. Significativament, aquesta adscripció inicial del servei públic a l'àmbit municipal, en què la legislació arriba a configurar-los com a serveis de prestació obligada pels municipis, es manté plenament en l'actualitat, com podrem comprovar, quan el servei públic ha sofert una profunda crisi i revisió, i es restringeix considerablement el seu àmbit i abast, que es redueix precisament als serveis locals.

### 5.1.2. El concepte ampli de servei públic. La seva utilització com a criteri de definició del dret públic

La importància que adquireixen els serveis públics entrat ja el segle XX va suscitar l'atenció dels pensadors més destacats del dret públic. Sobretot a França, un país en aquells dies molt desenvolupat i amb una gran tradició intel·lectual i ideològica, es va considerar el servei públic com un element del tot central i característic de l'estat contemporani.

El servei públic es considera com el propi fonament, la font de legitimitat del dret públic i de les potestats i privilegis de l'Administració.

#### **Leon Duguit**

L'exposició més completa i influent de la teoria del servei públic es deu al professor Leon Duguit, de la Universitat de Bordeus, qui en la seva obra *Les transformations du droit public* ('Les transformacions del dret públic') i en altres estudis construeix tot un sistema de dret públic, administratiu i constitucional, entorn dels serveis públics. Duguit comença rebutjant les fonts de legitimitat de l'estat i del poder públic que s'havien succeït en el temps: la legitimitat dinàstica de la monarquia i, posteriorment, la legitimitat democràtica. Són legitimacions *a priori*, pel fet de ser l'hereu d'una dinastia o de tenir el suport d'un parlament. Duguit reivindica una legitimitat del poder pels fets, per les realitzacions. En definitiva, pels serveis públics que es presten.

Els serveis públics són llavors l'objectiu fonamental de l'estat i el fonament de les seves potestats, particularment en l'exercici de l'activitat de l'Administració, protagonista principal de la prestació dels serveis públics. El criteri de distinció entre el dret privat i el dret públic és el servei públic, que requereix aplicar un dret amb prerrogatives i potestats a favor de l'Administració. Per descomptat, el dret administratiu no és altre, segons aquesta concepció, que el dret dels serveis públics.

Aquesta concepció tan àmplia del servei públic es va mostrar escassament operativa i va ser progressivament reemplaçada per un concepte més estricte, amb uns perfils jurídics més definits. No obstant això, la seva exaltació del servei públic va generar tota una cultura, i fins i tot una ètica, dels serveis públics que encara perdura. El principi d'igualtat dels ciutadans davant els serveis, l'aspiració a la gratuïtat en la seva prestació o mitjançant el pagament d'una tarifa assequible, el principi de continuïtat en la prestació i uns altres de més particulars de cada servei –com pot ser el de l'extensió a tot el territori del servei postal– estan molt arrelats en la nostra tradició, particularment a França, on la cultura del servei públic hi està molt arrelada i des d'on es va lliurar tot un moviment de resistència davant les polítiques de la Unió Europea que es consideraven contràries als valors del servei públic i a les conquestes que s'havien aconseguit en aquest terreny.

### 5.1.3. L'Administració prestacional i la seva aportació a la teoria del servei públic

Una altra noció que irromp a Europa, amb una orientació molt similar a la del servei públic, és la de l'Administració prestacional (*Leistungsverwaltung*) estretament connectada al model d'estat social. La seva formulació, desenvolupament i aplicació es produueix fonamentalment a Alemanya. És allà on s'enuncien per primera vegada, en la Constitució de Weimar de 1919, els anomenats *drets socials* –avui es coneixen també com a *drets de segona generació*– i es configura el model d'estat social.

#### Drets de llibertat

Fins llavors, les constitucions liberals europees i americanes només reconeixien drets de llibertat de configuració negativa ja que delimitaven esferes de llibertat, de lliure disposició, dels ciutadans que no podien ser envaïdes o vulnerades, ni per altres persones, ni per l'estat o els poders públics. És més, aquests drets de llibertat s'aixequen sobretot enfront del poder polític, enfront de l'estat i els seus aparells, que s'avertien, amb tota raó i per experiències passades, com les seves amenaces més temibles.

Els drets de llibertat conferen als ciutadans un mateix estatus jurídic, en rigor una ciutadinà comuna en el si de l'estat, a diferència del que ocorria en la societat estamental de l'Antic Règim en la qual les persones tenien drets, obligacions o privilegis diferents segons l'estament al qual pertanyien. No obstant això, aquesta igualtat en l'estatus jurídic bàsic permetia desigualtats materials obertes entre els ciutadans que deixaven en molts casos buits i inoperants els drets de llibertat de les constitucions burgeses. Quin dret d'expressió, present en totes, pot exercir un ciutadà que no sap llegir ni escriure? En què queda el seu dret al secret de la correspondència si no li van ensenyar a escriure? Quin dret de propietat, tan enaltit per la Constitució dels Estats Units, té qui no té res?

Aquestes desigualtats socials que les constitucions burgeses del XIX no rebutjaven en absolut van cristal·litzar i es van manifestar a Europa en conflictes de classes oberts i violents. A Alemanya, on la industrialització estava molt desenvolupada, amb la formació consegüent d'un proletariat poderós, aquesta conflictivitat resultava particularment amenaçadora.

En aquest entorn històric i geopolític es formula i inicia la seva marxa el model de l'anomenat *estat social*. Un estat que pretén intervenir en la societat, i fins i tot configurar-la, per superar les desigualtats que l'estat liberal de dret –atent només a l'estatus jurídic i no a la realitat social– permetia.

Com a element característic i determinant de l'estat social cal destacar el reconeixement dels anomenats *drets socials*: dret a l'educació, a l'assistència sanitària, a la feina, accés a la cultura, a l'habitatge, etc. Uns drets que avui es coneixen també com a *drets de segona generació*, ja que apareixen en un període històric posterior al dels drets de llibertat de configuració negativa.

Els nous drets socials tenen en canvi una configuració marcadament positiva: són drets que per a la seva efectivitat i garantia requereixen una intervenció i activitat de l'estat, una activitat positiva de prestació que ordinàriament desenvolupa l'Administració, una administració que es dirà precisament així: *administració prestacional*, *Leistungsverwaltung*<sup>2</sup>, per a diferenciar-la de

<sup>(2)</sup> *Leistung*: prestació, *Verwaltung*: administració.

l'Administració de l'estat liberal, atenta de manera pràcticament exclusiva a mantenir l'ordre públic, la que es coneixia com a *administració de policia* (*Polizeiverwaltung*).

L'Administració, l'activitat de la qual era fins aleshores fonamentalment l'anomenada *activitat de policia* que ja hem pogut exposar, començarà a desenvolupar un nou tipus d'activitat: l'**activitat de prestació**, molt similar, encara que amb una altra cobertura conceptual com ja ens consta, a la de servei públic. No en va es parla sovint d'activitat de prestació o de servei públic.

L'estat social i els drets socials postulen d'altra banda una sèrie de prestacions que van més enllà dels serveis públics que ja al segle XIX es van percebre com a necessaris en el pla municipal, com eren els serveis d'enllumenat, de proveïment d'aigua, de transport públic, etc. Entre els drets socials hi ha el dret a l'educació, o el dret a la salut, a l'assistència sanitària, a la feina, que postulen un règim de prestació amb peculiaritats molt marcades respecte als tradicionals serveis públics ordinàriament adscrits a les administracions municipals.

#### **5.1.4. La correlació entre servei públic i mercat. El concepte estricte de servei públic com a serveis exclosos del mercat**

Totes aquestes teories i concepcions operaven invariablement en la línia divisòria, o en la correlació, entre estat i societat, entre servei públic i mercat, entre públic i privat. Es tracta del debat, sempre viu i amb resultats variables al llarg de la història, sobre l'abast de l'espai de lliure actuació dels agents privats, l'espai obert al lliure mercat en definitiva, i l'espai reservat al sector públic sota el domini de l'Administració. Aquest debat s'ha desenvolupat en molts nivells: en el pla acadèmic amb les aportacions sobretot de juspublicistes, economistes i sociòlegs; en l'ideològic, amb posicions de vegades molt radicals de grups i partits; en el polític, en què no han faltat moviments, i règims polítics, maximalistes: que han imposat els uns el total domini de l'estat sobre l'activitat econòmica i la societat civil; i els altres han buscat la pràctica desaparició de l'estat, i han lliurat enterament al mercat el curs de l'activitat econòmica i social.

Els resultats d'aquests debats en els dos últims segles han estat i són diversos també segons l'espai geopolític en el qual es produueixen.

La veritat és que en l'Europa occidental s'estén a partir de la Segona Guerra Mundial una opció o model que reconeix la lliure activitat econòmica dels particulars alhora que permet a l'estat la publificació de serveis singulars, serveis que es considerin essencials per a la comunitat o que tinguin un caràcter estratègic per a l'activitat econòmica. La decisió de publificar un servei es reserva a les instàncies més altes de l'estat, ordinàriament al parlament que ha d'adoptar-la mitjançant llei.

Els efectes jurídics que es produeixen amb la publicació d'un servei es concentren en la titularitat que sobre aquest assumeix l'Administració. La conseqüència fonamental que al seu torn se'n deriva és que el servei o l'activitat econòmica que es tracti se sostreu del mercat i queda així reservada a l'Administració. Els particulars i empreses privades no poden actuar lliurement en aquest sector que queda d'aquesta manera al marge del dret de la llibertat d'empresa.

Per a l'Administració a la qual s'atribueix la titularitat sobre aquest servei es planteja llavors una qüestió del tot crucial: decidir com ha de ser gestionat el servei. I en aquest sentit té dues grans opcions:

- 1) Una és l'anomenada **gestió directa per la pròpia Administració** o per empreses públiques que en depenen.
- 2) L'altra és la **gestió indirecta** que s'encomana a una empresa privada o a diverses, i s'estableixen en un contracte, normalment de concessió, les condicions d'aquesta gestió del servei –també, per descomptat, la retribució del gestor– que segueix sota la titularitat de l'Administració.

Com a titular del servei, l'Administració té importants facultats de direcció i adopta les principals decisions sobre el servei. Per exemple, determina els preus o tarifes de la prestació, els traçats de les xarxes, els horaris i freqüències dels autobusos per al transport públic, o de la recollida d'escombraries. El gestor, normalment concessionari, és certament una empresa privada, però en realitat no disposa de les facultats de decisió que naturalment corresponen a qualsevol empresa com, per exemple i sobretot, la fixació dels preus. La llibertat d'empresa, amb les facultats que se li associen, està limitada o no té rellevància en els sectors que han estat reservats al sector públic. Aquest és, justament, l'efecte més contundent de la declaració d'un servei o activitat com a servei públic: queda sostret del mercat, de la lliure iniciativa empresarial privada.

### Serveis públics a Europa

Aquests que s'han descrit tan sumàriament són els trets bàsics del règim dels serveis públics a Europa en la segona meitat del segle XX. En aplicació d'aquest règim es van publicar serveis i sectors econòmics importants considerats estratègics en la major part d'estats europeus. Així va passar amb la generació i transport d'energia, telecomunicacions, serveis postals, transport aeri i per ferrocarril, serveis audiovisuals de difusió i comunicació, i altres sectors diversos.

Tots aquests serveis són sovint gestionats per empreses públiques o empreses privades concessionàries, freqüentment en règim de monopoli. Si bé, en l'àmbit municipal es generalitza també a Europa la reserva a favor dels municipis de tot un seguit de serveis absolutament fonamentals per a la comunitat local, com el servei de proveïment d'aigües, enllumenat, transport públic de viatgers.

Aquesta és la posició que majoritàriament adopten els poders públics a Europa en relació amb serveis i sectors econòmics de mercat interès general. Aquesta posició consisteix a reservar-se la titularitat sobre aquests serveis o sectors, publicitar-los en definitiva. Després és perfectament possible, i freqüent d'altra banda, que la gestió d'aquests serveis s'encomani a empreses privades, però l'Administració com a titular del servei es reserva les decisions principals com les característiques, condicions i freqüències de les prestacions i, sobretot, la fixació de preus i tarifes. És justament aquesta posició de titularitat i supremacia sobre el servei o l'activitat econòmica la que atorga a l'Administració les facultats necessàries per a vetllar pels interessos generals: fixació de tarifes racionables, igualtat en l'accés al servei, continuïtat en la seva prestació, seguretat i qualitat, etc.

## **5.2. El règim jurídic del servei públic. La seva declaració i formes de gestió. La gestió directa**

El servei públic en el sentit més precís –deixant de banda, doncs, les concepcions omnicomprensives que identificaven estat amb servei públic– té un règim jurídic ben definit pel que fa a pressupòsits, elements i efectes.

### **5.2.1. Declaració i efectes**

#### **1) Declaració per llei**

La primera condició que ha de complir un servei públic en el sentit estricto i formal és que sigui declarat com a tal. Aquesta declaració ha de ser inequívoca i explícita, i no poden reconèixer-se serveis públics de manera implícita.

La declaració d'un sector o servei com a públic té, a més, una exigència formal molt important. S'ha de fer mitjançant llei formal. Això és una cosa que la pròpia Constitució estableix de manera inequívoca en l'article 128 en relació amb serveis que es consideren essencials i es reserven al sector públic.

"Mitjançant llei es pot reservar al sector públic recursos o serveis essencials, especialment en cas de monopoli."

Article 128 de la Constitució.

#### **Serveis locals**

Són diverses les lleis dictades en sectors específics que contenen com a pronunciament fonamental la reserva del sector, o part d'aquest, considerat servei essencial, a la titularitat pública. Així passa amb sectors que van des de la radiotelevisió a l'energia, o als residus nuclears i el seu tractament. També es dóna el cas de declaracions en una llei general que opera la reserva de diversos serveis. Així la Llei de bases de règim local estableix en l'article 86 el següent:

"Es declara la reserva en favor de les entitats locals de les activitats o serveis essencials següents: proveïment domiciliari i depuració d'aigües; recollida, tractament i aprofitament de residus i transport públic de viatgers" (art. 86.2 Llei 7/1985, de 2 d'abril, de bases de règim local).

Aquests serveis locals són, ara com ara, el nucli dels que romanen subjectes al règim tradicional del servei públic –amb les modalitats de gestió característiques que aquí estudiem–, mentre que altres serveis, al seu moment sota titularitat estatal, s'han liberalitzat fa poc per a ser lliurats a un mercat que queda subjecte a regulació pública, un nou tipus d'activitat administrativa que seguidament també estudarem.

Aquesta exigència d'un pronunciament explícit del legislador, que ha d'atenir-se sempre a la consideració d'essencial d'un servei públic, està plenament justificada ja que els efectes que es deriven de la declaració de servei públic són molt rellevants tal com veurem a continuació.

## 2) Efectes de la declaració de servei públic

Amb la declaració de servei públic, el sector o servei que sigui queda reservat al sector públic. Queda, per tant, sota la titularitat d'un ens públic. De quin ens públic? La llei que opera la declaració de servei públic, la publificació, ha de determinar a quin ens públic s'atribueix la titularitat d'aquest. Pot ser l'Estat, l'Administració municipal, la comunitat autònoma o un altre ens. De la mateixa manera que també hi ha serveis públics estatals, autonòmics, municipals, provincials, etc.

L'efecte fonamental de la reserva és que el servei queda sostret al mercat, queda fora de l'àmbit de la lliure iniciativa empresarial privada. Cap particular, cap empresa, pot per iniciativa pròpia desenvolupar l'activitat econòmica que s'ha reservat al sector públic. Només pot operar en aquest sector si l'ens públic que n'és titular el facilita per gestionar el servei mitjançant alguna de les modalitats de gestió indirecta de serveis públics que immediatament s'exposen.

### **Recollida d'escombraries**

Per llei –la Llei de bases de règim local tal com hem pogut comprovar– es reserva als municipis el servei de recollida d'escombraries. Això té com a conseqüència que aquesta activitat econòmica, que requereix com tots un conjunt de mitjans personals i humans per a la seva realització, queda fora de la iniciativa empresarial privada. Cap empresa pot presentar-se lliurement i directament als usuaris per a oferir-los el servei de recollida d'escombraries. Una empresa només pot actuar com a gestora d'aquest servei si l'Administració municipal li encomana aquesta gestió, normalment amb un contracte de concessió, encara que també són possibles altres formes de gestió indirecta atribuïda a empreses particulars.

La titularitat de l'Administració sobre el servei públic comporta també la responsabilitat sobre aquest. És responsable en últim terme que el servei es presti correctament, amb continuïtat, i garanteixi la igualtat d'accés i en condicions adequades de seguretat i qualitat.

### 5.2.2. Formes de gestió dels serveis públics

L'Administració titular del servei, en favor de la qual es va constituir la reserva per declaració legal expressa, ha d'afrontar ineludiblement una qüestió crucial: la forma de gestió del servei.

Té dues grans opcions, que ofereixen diverses variants.

1) Una opció és que la pròpia Administració decideixi prestar directament el servei. Es coneix com a **gestió directa**.

2) L'altra és que encomani la gestió del servei a una empresa privada o a diverses. És l'anomenada **gestió indirecta**. En aquest cas, l'Administració recorre a un tercer perquè presti materialment el servei mentre en manté la titularitat.

En rigor, hi ha una tercera opció, que és la simple combinació de les dues anteriors i que es coneix com a **gestió mixta**. També caben aquí diverses variants, una de les quals, tan simple com il·lustrativa, és la constitució d'una societat gestora amb capital mixt, públic i privat.

### 5.2.3. La gestió directa

La gestió directa és la que fa l'Administració titular del servei, sense recórrer, per tant, a empreses privades per a la prestació material.

Si es decanta per aquesta opció, l'Administració disposa de diverses fórmules organitzatives que li ofereix la legislació. Són fórmules que difereixen fonamentalment pel grau d'autonomia organitzativa i de gestió enfront de l'Administració titular que presenta cadascuna. Les modalitats van des de l'autonomia més petita o nul·la, que és la que ofereix la modalitat de gestió conegut com a **gestió indiferenciada**, fins al màxim grau d'autonomia funcional que la legislació permet: la constitució d'una empresa, una societat de capital públic, amb l'objecte de gestionar aquest servei o activitat econòmica.

Les modalitats bàsiques de gestió directa de serveis públics són les que es tracten a continuació.

#### Gestió indiferenciada o per la pròpia Administració

En aquesta modalitat s'utilitza l'organització ordinària i estable de l'Administració titular. No es crea un òrgan nou per a gestionar el servei, sinó que s'aprofita un òrgan integrant de l'estructura organitzativa ordinària per a prestar-lo. Per això es diu **gestió indiferenciada**, perquè no es crea un òrgan diferent, nou, per a la gestió. O vist des d'una altra perspectiva: un òrgan, per

exemple una direcció general, desenvolupa de manera indiferenciada les seves competències pròpies, d'una banda, i la gestió material d'un servei determinat, d'una altra.

### **Gestió per òrgan especial, diferenciat**

Es crea un nou òrgan, en el si de l'estructura de l'Administració amb l'objecte de prestar el servei. Hi ha especialitat orgànica però en el si de la mateixa persona jurídica. La gestió, doncs, s'imputa a l'Administració titular del servei i és al seu pressupost al qual es carreguen directament els costos de la gestió.

Tota l'actuació d'aquest òrgan, en matèria de contractació o de gestió de béns per exemple, està subjecta, per descomptat, al règim jurídic propi de l'Administració a la qual pertany, ja sigui l'Administració estatal, l'Administració local o qualsevol altra.

### **Gestió per a organisme autònom**

La progressió en la línia d'autonomia d'aquesta modalitat de gestió consisteix a crear un ens nou amb personalitat jurídica pròpia i, per a això, diferenciada de l'Administració titular del servei.

La personalitat de l'organisme autònom és una personalitat definida per a la legislació de dret administratiu. No hi ha organismes autònoms en l'òrbita del dret privat i, per tant, a l'abast i disposició dels particulars. A diferència de les associacions, fundacions o societats anònimes, que sí que són fòrmules organitzatives de personificació que es troben en el dret privat, els particulars no poden constituir organismes autònoms.

En qualsevol cas, en disposar de personalitat, els organismes autònoms tenen un marge de gestió autònoma considerablement superior al de les modalitats precedents. Tenen pressupost propi i estructura directiva pròpia, encara que aquests directius són nomenats pels titulars dels òrgans directius de l'Administració titular, si no és que són ells mateixos. Per exemple, el regidor ecologista de l'ajuntament que és nomenat pel propi ajuntament president de l'organisme autònom local de parcs i jardins.

El règim organitzatiu i d'actuació d'aquests organismes és un règim de dret administratiu, que s'aplica als seus contractes, gestió dels béns que li són adscrits i personal. Per a això, tenen els privilegis i potestats característics de qualsevol administració, amb algunes singularitats que es deriven de la legislació. Així els seus actes gaudeixen dels privilegis d'executivitat i acció d'ofici que són propis de les administracions, però no tenen o tenen minorades algunes potestats, com la potestat expropiatòria, que no la hi reconeix la legislació en matèria d'expropiació forçosa.

#### **Lectura recomanada**

Vegeu, per a exemple, els articles 98-102 de la LRJSP per a conèixer el règim de dret administratiu d'aquests organismes.

## Gestió per entitat pública empresarial

Aquesta modalitat organitzativa de gestió comporta també reconèixer una personalitat pròpia, però aporta una flexibilitat més gran en la gestió, i l'obre en bona mesura al dret privat.

Podria dir-se que aquestes entitats són de "cicle combinat", ja que combinen una gestió de dret privat i el manteniment de facultats d'autoritat que, per descomptat, són fora de l'abast d'una empresa privada. Així, la contractació d'aquestes entitats està subjecta al dret privat, encara que han d'observar uns principis de publicitat i transparència per adjudicar els seus contractes. Però mantenen funcions d'autoritat que els permeten l'execució forçosa dels seus crèdits o disposen de poders especials per a protegir els seus béns.

### Lectura recomanada

Vegeu, per exemple, articles 103-108 de la LRJSP per conèixer la gestió per entitat pública empresarial.

## Gestió per societat mercantil

L'aportació característica d'aquesta fórmula és la seva homologació amb la fórmula privada de gestió empresarial més estesa: la **societat anònima**. Es tracta, en definitiva, d'una societat anònima el capital de la qual pertany íntegrament a l'Administració titular del servei.

Com totes les societats mercantils, la seva actuació està plenament sotmesa al dret privat, sobretot en matèria de contractació, patrimoni i personal. No disposen, per descomptat, de poder ni de cap privilegi com els que són propis de les administracions o de les formes públiques de personificació com les dues anteriors.

### Exemples de societats mercantils

Molts serveis han anat variant les seves modalitats de gestió directa per tal d'obtenir més autonomia de gestió.

Així, per exemple, la ràdio i televisió, serveis públics de titularitat estatal, van ser gestionats primerament per una direcció general (la Direcció General de Radiotelevisió), després per un organisme autònom (RTVE) que més tard es va transformar en entitat pública empresarial. Aquesta entitat és la que disposa de la totalitat del capital de tot un seguit de societats estatals (TVE SA o RNE SA) que gestionen serveis concrets de televisió, de ràdio, o d'un altre sector relacionat amb aquests mitjans de comunicació. Aquesta evolució – convé apuntar-ho com a avanç del proper tema– ha ofert més recentment un altre episodi quan la radiodifusió deixa en bona mesura l'òrbita del servei públic, de la titularitat pública, i entra en l'òrbita del mercat subjecte a regulació.

Hi ha altres experiències similars, amb la mateixa tendència a guanyar autonomia i a situar-se en part sota l'òrbita del dret privat, més flexible i apte per a una gestió de tall empresarial. És, per exemple, el cas de la gestió dels aeroports: fins als anys setanta del segle passat eren gestionats –gestió indiferenciada– per la Direcció General d'Aviació Civil, es va encomanar després la gestió a l'organisme autònom Aeroports Nacionals creat amb tal objecte; un organisme autònom que finalment es va transformar en entitat pública empresarial, AENA (Aeroports Espanyols i Navegació Aèria) amb més autonomia de gestió, sobretot per la subjecció al dret privat de bona part de la seva actuació.

### 5.3. La gestió indirecta dels serveis públics

L'altra opció que pot adoptar l'Administració titular del servei és encomanar la seva gestió a una empresa privada. En allò essencial, les posicions de l'una i l'altra queden ben definides.

Una posició l'ocupa l'Administració, que és la titular i responsable del servei. D'aquesta posició es deriven de manera natural i lògica una sèrie de poders i facultats que han de permetre a l'Administració exigir i garantir que el servei es presti en unes condicions determinades quant a tarifes, continuïtat o freqüència, qualitat, seguretat, etc. L'Administració encomana la gestió a una empresa privada, però no pot en absolut desentendre's del servei ja que n'és la responsable última per mandat exprés de la llei en publicificar-lo i atribuir-li la responsabilitat sobre la seva prestació adequada.

L'altra posició està ocupada per l'empresa privada que gestiona el servei. La seva actuació i gestió no és del tot lliure ja que ha d'ajustar-se a les condicions i directrius que estableixi l'Administració, titular del servei i responsable última de la seva gestió. Aquesta empresa ha de valorar, com qualsevol empresa privada, si ajustant-se a aquestes condicions i directrius que l'Administració li marca pot obtenir un benefici acceptable en la seva gestió. Aquest és l'objectiu que marca la seva gestió, sabent que ha de desenvolupar-se en el marc que defineix l'Administració, i sota la seva supervisió.

#### Serveis municipals

És l'Administració, per exemple l'Administració municipal, la que té el mandat legal exprés d'ofrir a la comunitat local i implementar el servei de transport, o de recollida d'escombraries, o d'enllumenat. Com compleix l'Administració aquest mandat és una cosa que ha de decidir la pròpia Administració, i pot optar entre les diverses fórmules de gestió que la legislació li ofereix. Però encara que opti per una fórmula de gestió indirecta, la responsabilitat és de l'Administració, perquè és, i no pas l'empresa gestora, la destinatària del mandat legal i la responsable última del servei. Per descomptat, que pot haver-hi deficiències en la gestió per les quals ha de respondre l'empresa. Per a això l'Administració disposa de vigoroses potestats que li permeten resoldre unilateralment la relació amb l'empresa gestora i rescatar el servei.

La relació entre aquests dos subjectes, administració i empresa gestora, amb diferents posicions i objectius cadascun, s'articula amb fórmules contractuals. Per tant, les fórmules de gestió indirecta de serveis públics són fórmules específiques de contractes concebudes amb aquest objecte que normalment són definides i caracteritzades per la legislació. Normalment, és la legislació de contractes del sector públic la que preveu com un dels seus contractes més característics i tradicionals, el contracte de gestió de serveis públics, del qual s'ofereixen diferents fórmules la idoneïtat de les quals per al cas concret depèn de les circumstàncies que hi concorrin.

#### Lectura recomanada

Vegeu l'article 8 del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic.

L'encert de l'Administració serà llavors utilitzar la fórmula contractual més adequada en cada cas per a canalitzar la gestió del servei segons les seves característiques materials.

Estudiem ara les principals fòrmules contractuals per a la gestió indirecta de serveis públics.

### **5.3.1. La concessió de serveis públics**

És, sens dubte, la fórmula més tradicional i estesa per a gestionar serveis públics.

#### **Antecedents, configuració contractual i caràcter constitutiu**

La concessió té uns antecedents històrics llunyans, anteriors a la formació del dret administratiu amb el qual sintonitza des d'un primer moment, per a integrar-s'hi com una de les figures més emblemàtiques que acaben deixant empremta en capítols i institucions importants d'aquest mateix dret administratiu.

El mèrit o l'aportació fonamental d'aquesta figura és que permet i combina adequadament l'actuació privada i la gestió privada en àmbits o matèries en els quals es reconeix una titularitat o sobirania pública, aspecte aquest últim que en la concessió queda particularment remarcat.

La concessió té una naturalesa contractual inequívoca i com a tal la recull la legislació de contractes del sector públic: com una modalitat contractual, la més característica sens dubte, per a la gestió de serveis públics.

La concessió té així un marcat caràcter constitutiu, ja que constitueix, crea o genera en favor de l'empresa concessionària un dret del qual abans no disposava: el dret de gestionar un servei que és fora del mercat i de l'òrbita empresarial perquè s'ha declarat servei públic i està reservat a l'Administració. Sense una concessió o sense un altre contracte que faculti per a la gestió indirecta de serveis públics no és possible que una empresa privada desenvolupi aquesta activitat empresarial de gestió en serveis o sectors que han estat prèviament publificats.

La diferència amb el règim d'autorització d'activitats econòmiques resulta, per tant, molt clara. L'autorització no és un acte constitutiu de drets, és una intervenció administrativa sobre un dret que obra ja en l'esfera jurídica del particular, en aquest cas per a desenvolupar una activitat empresarial en un sector lliure, per a comprovar que el seu exercici s'ajusta a la legalitat vigent. Comprovar, per exemple, que aquesta empresa compleix la normativa de seguretat

a la feina o la relativa al tractament de residus. Però si l'empresa compleix les determinacions de la legislació, l'autorització se li ha d'atorgar sense que pugui establir-se un límit d'autoritzacions; seran tantes com se sol·licitin si compleixen els requisits legals.

L'absència de límits al nombre d'empreses que prenenen operar en sectors econòmics no publificats es posa més de manifest encara amb el règim de comunicació que permet l'inici de l'activitat amb l'únic requisit de comunicar-la a l'Administració. En canvi, en els sectors publificats, reservats al sector públic, es troba del tot vedada la iniciativa privada lliure. Només és possible l'actuació privada si es disposa d'un títol com el que s'adquireix, es constitueix, amb un contracte com el de concessió.

### **Posició de l'Administració i del concessionari. Potestats i drets**

Ara definirem les posicions en què se situen l'Administració i el concessionari, per conèixer el seu estatus jurídic amb les facultats, drets i obligacions que els corresponen.

L'Administració té, d'una banda, una posició supraordenada, de poder, com a titular del servei; però també li recau un mandat legal important: que aquest servei es presti en condicions acceptables d'accessibilitat pels usuaris, de seguretat i de qualitat. Per a complir aquest mandat l'Administració té facultats i poders de direcció i supervisió importants sobre el servei. El concessionari és un subjecte privat. L'empresa concessionària és una empresa privada com qualsevol altra.

L'empresa concessionària, no obstant això, no disposa de les facultats decisòries que té qualsevol empresa privada: la decisió sobre els productes que ofereix, sobre els preus que fixa, sobre les condicions que estableix amb els clients i consumidors. Aquestes importants decisions, del tot essencials en qualsevol gestió empresarial, les adopta en realitat l'Administració titular del servei, que és qui fixa les condicions en què s'ha de prestar el servei, les condicions per a accedir-hi i els preus o tarifes que han de satisfer els usuaris.

#### **Servei de transport urbà**

Així, per exemple, en el servei de transport urbà, si és que es concedeix a una empresa privada, és l'Administració municipal i no l'empresa la que fixa les condicions tècniques dels autobusos que presten el servei, els trajectes, els horaris i freqüències de pas i, per descomptat, les tarifes que es carreguen als usuaris, com també els casos de reducció de tarifes a famílies nombroses, persones de tercera edat, discapacitats, etc.

### **Règim econòmic de la concessió. Els components retributius del concessionari**

La retribució raonable del concessionari és sens dubte un punt fonamental del règim concessional i per això s'ha de resoldre adequadament en el contracte. No és viable la gestió indirecta, per una empresa privada, si no se li ofereixen

unes expectatives raonables de benefici empresarial. De manera que això ens posa en contacte amb el règim de retribució que es pot establir en la concessió de serveis públics.

La tarifa és el preu que paguen els usuaris per accedir al servei. La seva singularitat fonamental és que, com ja hem vist, no la fixa el concessionari, sinó l'Administració titular del servei. Com es determina la tarifa?

Des de plantejaments neoliberals molt influents en l'actualitat es postula que la tarifa s'ha de determinar segons els costos en què incorre el concessionari. La tarifa hauria de cobrir els costos i aportar a més un benefici raonable al concessionari. Es pretén així que es carregui exclusivament als usuaris, sense aportació de fons públics.

El criteri tradicional, i més coherent amb la doctrina i ideari del servei públic, és la consideració de la tarifa com un preu polític. La seva determinació no està exclusivament vinculada als costos en els quals incorre el concessionari, encara que constitueixin una referència molt rellevant, sinó que es consideren molts altres aspectes lligats al caràcter públic del servei, a la seva prestació en condicions d'igualtat d'accés, a la seva distribució territorial a totes les zones, també les que tenen menys població i demanda, per a atendre certs col·lectius com famílies nombroses, tercera edat, persones en situació d'atur laboral.

### **La gestió del temps en la concessió. Els problemes de l'adaptació tecnològica i la clàusula de progrés**

Les concessions s'atorguen per un termini determinat. No són admissibles les concessions sense límit de temps, ja que això suposaria desconèixer la titularitat del servei per part de l'Administració.

Aquests terminis són generalment molt amplis. Normalment oscil·len entre els vint i els seixanta anys, encara que poden ser encara més amplis sense arribar a la data avui purament simbòlica dels cent anys, ja que llavors es produiria –encara que és una pura reminiscència històrica de les regalies– l'anomenada *prescripció immemorial a favor del concessionari*.

L'amplitud d'aquests terminis té una raó fonamental i clara: permetre que l'empresa concessionària pugui amortitzar i recuperar la inversió feta. L'empresa concessionària aporta tot un seguit de béns –camions, xarxes d'estesa, edificis, grues, magatzems– que tenen uns terminis dilatats d'amortització. L'empresa fa una inversió forta quan s'inicia la concessió amb l'expectativa d'amortitzar-la i obtenir beneficis en un període llarg d'explotació.

Aquest plantejament del tot lògic per part del concessionari pot convertir-se en un problema important, el més freqüent i greu de les concessions, per a l'interès públic la tutela del qual correspon a l'Administració: a mesura que

avança el termini de la concessió es redueix l'interès del concessionari per fer inversions i millores ja que el termini d'amortització és cada vegada més reduït.

El problema és crític en els casos en què, durant el període concessional, es produeixen innovacions tecnològiques que millorarien considerablement la qualitat del servei i que, si no s'incorporen, es prestaria un servei amb una tecnologia desfasada.

Aquest tipus de problemes haurien d'estar recollits, amb vies i mecanismes per a resoldre'ls, en l'anomenada **clàusula de progrés**. En qualsevol cas, la incorporació del progrés tecnològic a l'estructura jurídica de la concessió no és gens fàcil.

### **L'extinció de la concessió. Extinció normal i finalització anticipada**

La **finalització normal** es produeix pel compliment del termini de la concessió. Aquesta modalitat no planteja problemes especials, ja que es tracta del compliment sense incidents significatius del termini de gestió del servei que s'estableix en la concessió.

Una qüestió que pot plantejar-se, segons el tipus de servei que sigui, és la relativa als béns afectes al servei que van ser aportats o instal·lats pel concessionari. En el règim tradicional de la concessió s'insereix una figura típica que preveu específicament aquesta conjuntura: la **reversió de béns**.

L'operativitat característica de la reversió consisteix que els béns i instal·lacions que aporta o construeix el concessionari passen a la titularitat de l'Administració al final de la concessió.

La **finalització anormal** es produeix perquè es planteja alguna incidència – externa a la concessió o interna, imputable a la gestió d'aquesta pel concessionari– que impedeix complir de manera normal la concessió.

La concessió pot finalitzar de manera anticipada. Les raons d'aquesta finalització anormal poden ser diverses, però totes es reconeixen a dos orígens possibles:

1) El primer es localitza en la gestió i actuació del concessionari. Una gestió també anormal, amb incompliment de les condicions contractuals o de les directrius que marqui l'Administració, pot donar lloc a l'anomenada **caducitat sanció**.

Així, la fórmula de finalització anticipada per incompliment del concessionari és la caducitat sanció. La caducitat implica que el concessionari perd el dret de gestionar un servei de titularitat de l'Administració, un dret que li havia atribuït el contracte de concessió.

La caducitat no comporta, en principi, indemnització al concessionari si hi ha incompliment seu. Fins i tot se li poden imposar sancions, gravàmens, pèrdua de fiances constituïdes, etc. si així es recull en el contracte de concessió en cas de supòsits greus d'incompliment.

2) Però a més de tot això hem de referir-nos també al **rescat de les concessions**. El rescat és una fórmula molt característica de la concessió i ben expressiva de la seva naturalesa. L'Administració no fa sinó rescatar (o recuperar) el que és seu i que havia cedit a un gestor privat.

El rescat es produeix per causes alienes a la gestió del concessionari. Són circumstàncies externes les que posen en perill la concessió o fan inviable mantenir-la en les condicions pactades.

El rescat, si és per causes alienes a la gestió del concessionari, requereix en principi d'indemnització ja que suposa la privació del dret del concessionari a seguir explotant el servei pel temps restant inicialment establert en el contracte de concessió. La partida o concepte que cal indemnitzar per rescat de la concessió són els beneficis deixats de percebre en el temps que restava de concessió.

Com a dada de referència, prevista per la legislació de contractes, es tenen en consideració els beneficis obtinguts pel concessionari en els últims cinc anys.

### 5.3.2. El concert

La concessió és sens dubte la fórmula prototípica i més comuna de gestió indirecta de serveis públics, sobretot els que tenen un contingut prioritàriament o exclusivament econòmic, perquè combina de manera equilibrada la titularitat pública del servei amb una gestió empresarial privada que pot ser molt rendible per al concessionari.

Però hi ha altres fórmules de gestió per particulars de serveis públics entre les quals destaca el concert.

### **Pressupòsit del concert. La concorrència de la iniciativa privada. El cas dels concerts per a la prestació de serveis d'educació i sanitat**

El concert s'ajusta a determinades singularitats que concorren en certs serveis. La singularitat sens dubte més destacada és que es tracta de serveis en els quals s'adverteixen clarament dos protagonistes:

#### Lectura recomanada

Vegeu l'article 271.3 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic.

1) Primer, un protagonisme de l'Administració i dels poders públics perquè l'exigeix la llei i, sobretot, la Constitució.

2) Segon, un protagonisme dels particulars que s'empara en drets fermament reconeguts per les lleis i per la pròpia Constitució.

Entre d'altres que podrien esmentar-se, hi ha dos sectors o serveis molt importants que presenten aquesta estructura: el de l'educació i el de la sanitat. En relació amb aquests hi ha determinacions constitucionals molt clares que exigeixen la intervenció dels poders públics per a "organitzar i tutelar la salut pública amb mesures preventives i les prestacions i serveis necessaris" (art. 43 CE). I respecte a l'educació s'affirma, entre altres pronunciaments constitucionals, que "els poders públics garanteixen el dret de tots a l'educació", o que "l'ensenyament bàsic és obligatori i gratuït" (art. 27 CE).

Aquestes rotundes determinacions constitucionals són un mandat inequívoc als poders públics perquè ofereixin i garanteixin un servei bàsic d'educació i un servei de sanitat.

S'adverteix, per tant, una declaració legal, i en aquests dos casos una declaració constitucional, sobre el caràcter públic d'aquests serveis. Però aquests serveis no són d'exclusiva titularitat pública, no són objecte d'una reserva legal en favor d'una administració o d'un ens públic com passa amb els serveis públics en sentit estricte en els quals hem centrat la nostra atenció. Entre altres raons aquesta reserva no existeix perquè la Constitució reconeix la iniciativa privada en aquests sectors, una iniciativa que es basa d'altra banda en drets de reconeixement constitucional explícit. Així en relació amb l'ensenyament s'affirma que "els poders públics garanteixen el dret que assisteix els pares perquè els seus fills rebin la formació religiosa i moral que estigui d'acord amb les seves pròpies conviccions"; i també "es reconeix a les persones físiques i jurídiques la llibertat de creació de centres docents, dins del respecte als principis constitucionals" (art. 27 CE).

Es tracta de dos drets i llibertats estretament connectats ja que la llibertat de creació de centres docents pot ser en molts casos una manifestació del dret dels pares sobre la formació dels seus fills, en el marc, per descomptat, dels principis constitucionals.

### **Llibertat de creació de centres docents**

Els inequívocs plantejaments constitucionals reconeixen així el protagonisme natural i prioritari dels pares respecte a l'educació dels fills. Els pares poden promoure la creació de centres docents per a l'educació dels fills o decidir enviar-los a centres en els quals es doni atenció a l'educació moral i religiosa que considerin més d'acord amb les seves conviccions o, simplement, als centres en els quals es presta atenció especial a certes matèries o habilitats. Tot això postula, i la Constitució efectivament reconeix, la llibertat de creació de centres docents. És un dret fonamental, recollit en el capítol en el qual s'enuncien els drets més rellevants i protegits, que no requereix, per descomptat, concessió administrativa.

Ens trobem així amb sectors molt rellevants, com són l'educació i la sanitat, el marc jurídic dels quals està marcat per dues referències o postulats fonamentals, amb un enunciat constitucional explícit.

1) Hi ha un mandat als poders públics perquè ofereixin i garanteixin unes prestacions bàsiques –educatives i sanitàries en els sectors que hem vist– amb caràcter general. Aquí s'adverteix molt clarament la noció de servei públic.

2) Es reconeix la lliure iniciativa dels particulars en aquests sectors. Iniciativa que pot materialitzar-se perfectament en la creació de centres sanitaris i centres educatius privats.

És en aquest marc precís en el qual agafa sentit i operativitat la fórmula del concert en la mesura que es mostra idònia per a articular, amb una estructura contractual, la conjunció d'interessos públics i privats.

### **Naturalesa i règim bàsic dels concerts**

L'Administració que està obligada a prestar el servei públic pot optar per una fórmula de gestió indirecta, amb col·laboració privada, perquè el servei el preszin també particulars mitjançant el que la legislació de contractes defineix com a:

"Concert amb persona natural o jurídica que porti a terme prestacions anàlogues a les que constitueixen el servei públic de què es tracti."

Article 277 del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic.

### **Servei educatiu i sector sanitari**

El centre d'ensenyament que promou una associació de pares és un centre privat, però és indubtable que està prestant un servei públic perquè satisfà unes exigències d'escolarització que la legislació i la constitució plantegen com a obligacions dels poders públics. Si no hi hagués aquest centre privat, els nens haurien de ser escolaritzats en un centre públic. Les administracions educatives poden tenir, per tant, un interès lòtic, com s'aprecia de manera generalitzada, en establir una fórmula de col·laboració per a la presació del servei educatiu amb entitats privades que fan aquestes prestacions.

En el sector sanitari són molt freqüents els concerts en virtut dels quals una entitat pública, normalment en l'estructura de la Seguretat Social, contracta amb una clínica privada la prestació d'una assistència sanitària determinada. La clínica privada posa a la disposició de la Seguretat Social uns serveis determinats –pot ser perfectament un nombre de llits– als quals els pacients de la Seguretat Social accedeixen en el règim econòmic propi d'aquesta.

El **concert** és un contracte que defineix les obligacions a les quals les dues parts es comprometen. L'obligació que normalment assumeix l'Administració és la de pagar en part, o íntegrament, el servei que presta el particular. Per part de l'entitat privada, l'entitat concertada, té l'obligació de prestar el servei en les condicions que la normativa general sobre aquest estableix.

Cal destacar, en qualsevol cas, que el concert no pot situar de cap manera l'Administració en una posició de supremacia sobre l'entitat concertada. A aquesta li serà exigible que es desenvolupi en el marc normatiu general del servei, però no se li poden imposar condicions que es justifiquin en el fet que l'Administració, amb fons públics, paga una part del servei. El centre concertat, la creació i existència del qual és expressió de l'exercici de llibertats reconegudes en la Constitució, manté llibertat d'opció i d'organització en tot allò que no és contrari als principis constitucionals. La finalitat d'aquesta figura és, per tant, oferir a l'Administració una via o fórmula perquè compleixi les seves obligacions de prestar un servei amb caràcter general amb la col·laboració de particulars que fan prestacions anàlogues i no per a imposar un sistema de prestació uniformista que elimini el marge de llibertat legítim que correspon als particulars en el marc d'una legislació bàsica sobre els objectius del servei.

En el cas dels concerts educatius, el que es cobreix amb el concert és només una part del cost del servei, la resta la cobreixen els pares. El que costa a l'erari públic l'escolarització d'un nen a l'escola concertada és ordinàriament i ostensiblement inferior al cost, íntegrament a càrrec del fisc, que té l'ensenyament en centres públics.

El concert és així una fórmula avantatjosa per a l'Administració per a complir l'obligació d'ofrir ensenyament al conjunt de la població escolar.

### 5.3.3. Altres fórmules de gestió indirecta de serveis públics

Hi ha altres possibles fórmules que no mereixen una atenció especial perquè són molt simples o perquè són d'ús molt limitat.

Entre les fórmules simples cal destacar la societat d'economia mixta, que consisteix en la creació d'una societat el capital de la qual té participació d'un ens públic i capital privat en la proporció que s'estableixi.

Entre les fórmules en desús cal esmentar, ja que la recull la legislació de contractes, la gestió interessada, en virtut de la qual l'Administració i l'empresari participen en els resultats de l'explotació del servei en la proporció que estableix el contracte.

#### Lectura recomanada

Vegeu article 277 b) del Text refós de la Llei de contractes del sector públic.

## 6. L'activitat de regulació de sectors econòmics d'interès general

### 6.1. La crisi i revisió del model de titularitat pública sobre serveis d'interès general i sectors econòmics bàsics

#### 6.1.1. Plantejament. La liberalització de serveis i el seu lliurament a mercats subjectes a regulació pública

El panorama que s'ha descrit en relació amb els serveis públics és el que es generalitza i imposa en l'Europa occidental després de finalitzar la segona gran guerra. No obstant això, aquest règim entra en crisi i canvia radicalment en l'última dècada del segle XX.

El sistema tradicional de serveis públics que acabem d'estudiar té com a premissa fonamental, convé recordar-ho ara, l'exclusió del mercat d'aquests serveis i de la seva gestió. Doncs bé, la transformació fonamental consisteix en el lliurament al mercat de bona part d'aquests serveis que deixen així d'estar sota titularitat pública i són prestats en règim de competència per les empreses que decideixin operar en el sector de què es tracti.

Aquesta despoblificació de serveis, amb el consegüent lliurament al mercat, afecta sobretot grans serveis i sectors econòmics importants que es presten i es mouen en el pla estatal i ara europeu, com són les telecomunicacions, l'energia en les seves diverses fases, el transport en les seves diverses modalitats, el sector audiovisual, el mercat financer i de valors, i d'altres als quals tindrem ocasió de referir-nos.

Els serveis públics tradicionals, amb el règim de declaració i gestió que hem estudiat anteriorment, es mantenen en l'àmbit municipal. Entre altres raons això és així perquè tals serveis –proveïment d'aigües, enllumenat, recollida d'escombraries, transport públic urbà, entre d'altres– es conceben com a matèries de competència municipal i la pròpia noció d'autonomia local, constitucionalment garantida, reserva als municipis un nucli competencial bàsic que inclouria aquestes matèries i serveis que es mantenen així sota titularitat municipal.

En qualsevol cas, en relació amb els serveis i sectors econòmics que han estat objecte de liberalització ha de destacar-se que liberalització no implica perdre la convicció que són serveis essencials, molt rellevants per a la comunitat i els ciutadans. Per això no se'ls vol deixar de manera incondicional al lliure joc del mercat, amb tots els seus rigors. L'Estat es reserva el poder de regular aquests

mercats en els quals s'intercanvien serveis d'interès general i prestacions bàsiques per als ciutadans. Es tracta d'una nova activitat pública, administrativa: l'activitat de regulació, que es projecta sobre aquests mercats amb l'objecte de garantir determinats objectius d'interès general com l'accessibilitat i caràcter universal de les prestacions, la seva continuïtat, la determinació d'uns preus raonables, la interdicció d'abusos que puguin derivar-se de posicions de domini en aquests mercats, la protecció dels usuaris, el manteniment d'unes condicions que facin realment efectiva la competència entre operadors.

Aquesta activitat de regulació s'ha convertit en l'eix i matèria d'un nou capítol molt important del dret públic, del dret administratiu, que tendeix fins i tot a segmentar-se com un dret singular, el dret de la regulació de l'economia, que ha desplaçat, excepte en l'esfera local segons hem destacat, el sistema clàssic d'activitat prestacional configurat entorn del concepte estricte de servei públic, reservat al sector públic, i gestionat després amb unes modalitats de gestió característiques que només permeten la intervenció d'empreses privades si tenen una concessió i en els termes que estableixi aquesta.

Es presenten a continuació els conceptes i elements fonamentals de l'activitat de regulació de l'economia o, si es vol, del dret de la regulació. Hem de començar aquesta exposició explicant les causes del desenvolupament i expansió de l'activitat de regulació, causes que estan estretament lligades a la crisi del règim tradicional de serveis públics ja que és aquest model el que es transforma en molts i importants sectors per a esdevenir el nou model de regulació.

Les causes de la crisi i del qüestionament en sectors econòmics molt rellevants del model de serveis públics –model que, no ho oblidem, segueix vigent en certs sectors i és el dominant en l'àmbit local– són diverses. Les unes es localitzen en les disfuncions i problemes que s'han advertit en el model tradicional de titularitat pública de serveis. Unes altres en l'adopció de polítiques noves, vinculades sobretot al procés d'integració europea i a la formació d'un mercat únic.

Les crítiques al sistema tradicional de serveis públics provenen de sectors polítics i acadèmics, alimentats per corrents neoliberals molt en voga en els últims anys, que han deixat l'empremta dels seus plantejaments en reformes legislatives importants.

### **6.1.2. La crítica al model de titularitat pública**

#### **1) Falta de rigor i contenció de costos públics**

En essència es retreu al model de titularitat pública els inconvenients derivats de l'exclusió del mercat: costos no competitius, falta de competència entre operadors, ineficiència, falta de capacitat d'adaptació tecnològica. Un inconvenient aquest últim del tot crucial com veurem en una època com la nostra d'evolució tecnològica intensa i dinàmica.

La liberalització de serveis i sectors econòmics de titularitat pública amb el seu consegüent lliurament al mercat corregiria aquestes disfuncions segons se sosté des d'aquestes posicions polítiques i doctrinals.

Per descomptat, es critica també que la titularitat pública sobre serveis i activitats econòmiques resulta molt onerosa per a l'Estat. Si en aquest model als usuaris els poden carregar tarifes baixes i raonables és perquè els fons públics assumeixen en bona part uns costos de prestació del servei que no queden coberts de cap manera per les tarifes que paguen els usuaris; una part significativa dels costos de prestació de serveis són coberts amb fons públics. Si aquests serveis i activitats es lliuren al mercat, l'Estat s'alliberaria d'uns costos per a reduir el preu de les tarifes i seria la competència entre operadors la que provocaria aleshores la reducció dels preus.

## 2) La subordinació de la gestió de serveis a objectius de política econòmica general

Una altra crítica al sistema era que la gestió d'aquests serveis es veia sovint intervinguda i manipulada per interessos de política econòmica de l'Estat. Dit d'una altra manera, la titularitat i posició de domini de l'Estat sobre sectors econòmics rellevants era un instrument poderós al servei de la seva política econòmica.

Així, com ja vam poder comprovar, en el model tradicional de serveis públics, les tarifes no es fixen normalment en relació amb els costos del servei. Amb el que els usuaris paguen no es cobreixen aquests costos. L'Administració cobreix la diferència amb fons públics utilitzant diverses fòrmules o partides comptables. El poder tarifari era, per tant, utilitzat per l'Administració i l'Estat com un instrument més per a la seva política econòmica. Així, en una conjuntura inflacionista, l'estat decidia una contenció, o fins i tot rebaixa, en les tarifes elèctriques per contribuir a reduir la inflació, no perquè els costos de la gestió d'aquest servei s'havien reduït. No hi havia, doncs, gestió autònoma d'aquests serveis sobre els seus ingressos i costos reals, sinó que hi incidien directament moltes variables de la política econòmica de l'estat o de les administracions titulares d'aquests serveis. Hi havia així una promiscuïtat freqüent entre la gestió d'aquests serveis i la política econòmica general amb interferències mútues i disfuncionals.

### 6.1.3. Les exigències del Tractat de la Unió Europea

La implantació a Europa d'un mercat únic, objectiu central de la Unió Europea, reclama necessàriament la submissió de les empreses a un règim d'igualtat de manera que no resulten admissibles ajudes o privilegis que desvirtuïn el mercat. Aquest règim d'igualtat va ser estès per l'antic article 86 del Tractat de la Unió Europea a les empreses que presten serveis públics quan afirmava que:

"Els estats membres no han d'adoptar ni mantenir, respecte de les empreses públiques i les empreses a les quals concedeixin drets especials o exclusius, cap mesura contrària a les normes del present tractat."

Article 86 del Tractat de la Unió Europea<sup>3</sup>.

(3) També es recull actualment en l'article 106.1 del Tractat de funcionament de la Unió Europea.

En rigor, no es proscriu la presència d'empreses públiques, sinó que disposin de posicions d'avantatge, privilegis o ajudes. El que es pretén és que s'exposin als rigors de la competència al mercat, sense protecció de cap tipus.

### 6.1.4. La regulació com a nou tipus d'activitat administrativa per a preservar l'interès general en els serveis econòmics liberalitzats

Per aquestes causes tan sumàriament exposades i altres que podrien també considerar-se, es produeix a la fi del segle passat i en els inicis del present una liberalització de serveis o sectors econòmics estratègics molt importants fins llavors sota la titularitat de l'estat encara que podien ser gestionats per empreses privades. Uns sectors i serveis que fins aleshores operaven al marge del mercat s'hi van lliurar, amb entrada lliure d'operadors actuant en règim de competència.

Però amb això no es va abandonar en absolut la convicció que aquests serveis o sectors econòmics resulten del tot vitals per a la comunitat, ja que ningú posa en dubte que tenen un interès general molt rellevant. La gran qüestió que llavors es planteja és com s'atenen i protegeixen els interessos generals presents en aquests sectors, el que es resol imposant condicions que en molts casos poden contradir la lògica i dinàmica del mercat, com quan s'exigeix la prestació d'un servei, per exemple, de telecomunicacions i Internet, en zones que no resulten rendibles per als operadors perquè estan mal comunicades o poc poblades, però que principis públics elementals, com el d'igualtat davant els serveis o el de cohesió social i territorial, exigeixen inexcusablement.

En el model anterior, es disposava d'un mitjà potent i eficaç per a salvaguardar els interessos generals: la **titularitat pública sobre el servei**. Des d'aquí podia imposar-se sense cap problema a l'empresa a la qual s'encomanava la gestió de les obligacions que es consideressin necessàries per a protegir determinats interessos i valors com la cohesió territorial, i exigir d'aquesta manera al gestor que prestés el servei a tot el territori.

Però en desprendre's l'Estat de la titularitat sobre aquests serveis i sectors perd també aquesta posició determinant i decisiva des de la qual podia protegir fàcilment els interessos generals afectats. Lliurats ara aquests serveis al mercat, el gran repte que es planteja és l'atenció dels interessos generals que en força casos poden diferir de la lògica i dinàmica del mercat, que, en principi, rebutja qualsevol intervenció pública que no sigui per a assegurar-ne el bon funcionament.

El sistema que s'introdueix aleshores, i en el qual aquests serveis i sectors abans públics, ara liberalitzats, s'enquadren és el **sistema de regulació**. Un sistema en bona part inspirat en el model de regulació d'indústries i *public utilities* dels Estats Units d'Amèrica que té una dilatada experiència en els problemes que molt més recentment preocupen Europa.

### **Dret de regulació**

Així com en altres moments va ser el dret públic desenvolupat a Europa, especialment el dret administratiu, el que es va estendre a l'altre costat de l'Atlàntic, ara és el dret de regulació nord-americà el que es mostra més en sintonia amb el curs de la història. Resulta per això molt il·lustratiu conèixer el procés de formació i els trets bàsics d'aquest sistema que s'ha estès al continent europeu, encara que amb modulacions importants, com podrem comprovar.

## **6.2. El desenvolupament de l'activitat i les institucions de regulació als Estats Units d'Amèrica**

### **6.2.1. Antecedents. El model de regulació en competència**

Quan als Estats Units es plantegen els mateixos serveis i sectors d'activitat econòmica –el transport per ferrocarril, amb tota la seva història, n'és un i de molt destacat– la solució que es va adoptar diferia radicalment de la que de manera generalitzada, segons ja coneixem, s'observa a Europa en la mateixa època.

Als EUA no es va plantejar la publificació, amb la consegüent reserva al sector públic, de serveis o sectors econòmics d'interès general, cosa que coneixen com a *public utilities*. Sinó que són activitats econòmiques que van assumir i van promoure empreses privades.

#### **El ferrocarril**

El cas del ferrocarril, la història del qual és la forja de moltes fòrmules de dret administratiu, és ben eloqüent sobre aquest tema. En l'Europa continental, la construcció de vies fèrries i explotació del servei de transport, es va publificar: la titularitat es va atribuir a l'estat, que normalment encomanava en règim de concessió la construcció i gestió del servei a empreses privades, unes empreses que no podien construir i explotar qualsevol línia, amb els preus que fixés per als usuaris; només podien gestionar les línies que concedís l'estat, que disposava així de la facultat per a traçar una xarxa segons els interessos generals de desenvolupament territorial, i les tarifes serien les que establís l'estat com a titular del servei.

Als Estats Units les empreses construïen les línies que presentaven més expectatives d'explotació i, per descomptat, fixaven segons el seu criteri les tarifes, i abusaven força vegades de la seva posició de monopolí. En rigor, l'única manera de trencar aquest monopolí era la competència que podia fer una companyia que construís una línia entre les mateixes destinacions, cosa que succeïa sobretot en zones poblatges i amb molt de trànsit de passatgers i mercaderies.

Les justificacions de l'opció nord-americana són diverses, però poden destacar-se'n dues de molt relacionades entre si. La primera era el liberalisme radical que imperava en aquella societat al segle XIX: no s'admetia cap límit, ni intervenció pública, en el tràfic econòmic, ni per descomptat en la fixació de preus que lliurement establin els particulars i les companyies; només resultava admissible una intervenció dels tribunals mitjançant el *due process of law* en cas d'actuacions contràries a dret. La segona l'escàs desenvolupament que en aquesta societat i en aquesta època havia aconseguit l'Administració –a diferència del que s'observava a Europa amb els seus cossos de funcionaris rutilants– que, en conseqüència, no tenia capacitat per a dominar aquests serveis i sectors econòmics. No podien reservar-se al sector públic perquè, senzillament, no hi havia sector públic.

No obstant això, la Cort Suprema americana no va tardar a percebre que determinades activitats econòmiques exercides per particulars estaven revestides d'interès públic. En tals casos el poder públic podia intervenir-hi i fixar els preus, o límits màxims per a evitar abusos en la satisfacció de necessitats bàsiques.

### **Regulació del ferrocarril**

El primer cas es planteja, evidentment, entorn del ferrocarril. Els grangers de les prades immenses de l'Oest Mitjà portaven a Chicago la major part de la producció cerealista per carregar-la al ferrocarril. Fins a la càrrega i transport, el cereal s'emmagatzemava en uns graners de la companyia ferroviària. Els grangers, que havien arribat a formar un grup de pressió molt poderós, van considerar clarament abusius els preus que havia fixat la companyia.

L'Estat d'Illinois va decidir intervenir fixant uns límits als preus que podia establir la companyia. Això va donar lloc a una controvèrsia davant els tribunals que va ser finalment resolta per la Cort Suprema en la sentència *Munn v. Illinois* de 1871, que afirmava que en sectors revestits d'interès públic –clothed with a public interest– el poder públic podia intervenir per atendre aquests interessos públics i, en aquest cas, fixar uns límits als preus. Encara que la doctrina de la sentència ens sembla elemental, en aquell moment va ser una decisió nova, que per descomptat no es va produir per unanimitat. En el sistema dominant del *common law*, una intervenció d'aquest tipus només es reconeixia als tribunals seguint el *due process of law*. El jutge Field no es va amagar a l'hora d'affirmar en el seu vot dissident que "si no es troba protecció en els principis en què es funda el nostre sistema republicà enfront d'una invasió semblant dels drets privats, aleshores totes les propietats i empreses es troben a la mercè de la majoria en cada legislatura".

Aquesta decisió important de la Cort Suprema nord-americana va obrir el pas a l'activitat de regulació sobre sectors econòmics amb un interès públic marcat, no en va se'ls denomina *public utilities*. Aquesta intervenció reguladora s'encomana a unes instàncies administratives especialitzades, les **agències**.

### 6.2.2. El model tradicional de regulació de monopolis

El model de regulació dominant durant gran part del segle XX va ser el **model de monopolis**. Operava en cada sector un sol operador, o un nombre reduït, distribuïts per àrees geogràfiques en les quals tenien aquesta posició de monopolis.

L'objectiu de la regulació, i de les agències que l'aplicaven, era evitar que l'operador monopolista abusés de la seva posició. Es tractava d'establir unes tarifes raonables i que es garantissin els nivells adequats de qualitat en el servei.

La peça central sobre la qual girava aquest model era l'anomenada **taxa de retorn**<sup>4</sup>, que consisteix en la contraprestació que ha de percebre l'operador. Per determinar-la, l'Agència reguladora havia de conèixer amb la màxima exactitud els costos en els quals incorreria l'operador. Sobre aquests costos hauria d'assegurar-se a l'operador un benefici raonable, per descomptat no abusiu. Els beneficis assegurats eren al seu torn un argument important perquè la companyia operadora obtingués finançament al mercat financer.

(<sup>4</sup>)En anglès, *rate of return*.

#### Operador monopolista

La posició de l'operador monopolista era així molt similar a la del concessionari de serveis públics a Europa. Cal recordar com la doctrina i legislació dels contractes administratius, especialment el de concessió, va evolucionar ja en la primera meitat del segle XX per fer de la mutabilitat i sobretot de l'anomenada *equació financera* l'eix d'aquests contractes: es tractava de mantenir una retribució proporcional al concessionari, i modular-la segons els costos en els quals s'hagués vist obligat a incórrer; una fórmula que no difereix substancialment de la taxa de retorn que en aquells dies era del tot central en el model de regulació nord-americà, regulació en monopolis. Per això mateix, per aquesta similitud material, el model de regulació d'aleshores no va suscitar cap interès especial a Europa, on s'operaven fórmules amb una funcionalitat molt similar.

### 6.2.3. El model vigent de regulació en competència

El model de regulació en monopolis va funcionar de manera satisfactòria fins al final dels setanta del segle passat. Se li van advertir llavors certes disfuncions i va ser també objecte de crítiques per part d'algunes escoles de pensament econòmic, la de Chicago especialment. Es qüestionava la posició confortable dels operadors monopolistes al respecte de la competència, ja que, segons aquestes crítiques, amb la lliure competència es milloraria l'eficiència i qualitat de les prestacions. Es destacava també críticament el fenomen del que es va anomenar la **captura del regulador**: les grans companyies operadores tenien una gran influència sobre les agències, entre altres raons perquè els tècnics de les agències podien ser seduïts per ofertes professionals temptadores de les grans companyies, i així el trànsit de directius d'una organització a una altra era fluït (cosa que es va conèixer com a *revolving door*). En qualsevol cas, els interessos de les grans companyies estaven més ben posicionats davant les agències reguladores que els dels usuaris.

Es qüestiona obertament, d'altra banda, la justificació material o tècnica de molts monopolis. Sectors rellevants gestionats en règim de monopolí admeten la segmentació de fases d'activitat molt definides, tal vegada en alguna d'aquestes fases es podria justificar el monopolí, però no en totes.

### Ruptura amb el monopolí

Així, per exemple, en el tan important sector de l'energia –l'elèctrica és en aquest punt paradigmàtica– poden diferenciar-se perfectament tres fases d'activitat o segments de negoci: la producció o generació d'energia, el transport i la distribució d'energia als consumidors. En el model tradicional de regulació, una mateixa companyia gestionava en règim de monopolí aquestes tres fases de l'energia. Aquest model es qüestiona quan s'avverteix que el monopolí no és una exigència natural en cadascuna d'aquestes fases: la fase de generació i la de distribució admeten sense problemes la concorrència de diversos operadors en règim de competència; només el transport d'energia postula l'existència d'una xarxa única que poden utilitzar-la tant les empreses generadores com les que finalment, agafant l'energia de la xarxa, la distribueixen als consumidors.

Una de les primeres experiències de ruptura amb el model generalitzat de monopolí la va protagonitzar el servei de telefonia. Es va considerar injustificat, amb tot fonament, que la companyia monopolista, American Telegraph and Telephone, estengués el monopolí als aparells receptors, els telèfons, que utilitzaven els usuaris a casa seva. No hi havia cap raó tècnica per a mantenir el monopolí en aquesta fase; diverses empreses podien produir aquests aparells tan senzills per a satisfer així els gustos i demanda dels usuaris.

Amb diverses reformes legals es va produir aleshores una desagregació de fases d'activitat<sup>5</sup> en sectors regulats, i es va permetre l'entrada lliure d'operadors en les fases en què això era tècnicament possible sense que s'originessin duplicacions o disfuncions.

(5)En anglès, *unbundling*.

Després de constatar les disfuncions del sistema de regulació de monopolí, el nou model que s'instaura i desenvolupa és el de **regulació en competència**. Aquest és el model que, en bona mesura, s'estén a Europa amb tot un seguit d'adaptacions.

Possiblement l'element més rellevant, nou i de gran complexitat en la pràctica, del model de regulació en competència és l'atenció que presta a les relacions entre operadors.

El model de monopolí tenia, per dir-ho així, un tipus d'articulació vertical: les agències atenien exclusivament les relacions entre la companyia monopolista i els usuaris; controlaven que la primera no abusés de la seva posició i prestés el servei en condicions acceptables, i rebés per això una retribució raonable.

En canvi, el model de regulació en competència adquireix una marcada projecció horitzontal en projectar-se prioritàriament sobre els operadors. Es tracta que la competència entre ells sigui real i efectiva. No es tracta d'un objectiu en absolut fàcil ja que els sectors objecte de regulació presenten sovint el que es denomina *fallades de mercat*, limitacions congènites i estructurals que impedeixen que els mecanismes propis del mercat operin amb normalitat i plenitud.

## Competència entre operadors

En alguns casos, el nombre d'empreses que poden operar en un sector és molt limitat i es redueix a dues o tres. Així, per exemple, en el sector del transport, les companyies que poden prestar serveis de terra (*handling*) en un aeroport són molt limitades, com les que podrien prestar el servei de transport per ferrocarril sobre una mateixa infraestructura ferroviària. A més, la posició i les capacitats dels operadors poden ser molt diferents a l'hora d'entauclar una competència que no seria en règim d'igualtat. Els operadors entrants s'enfronten a companyies en posicions molt sòlides, sobretot les que provenen del model anterior en el qual tenien una posició de monopoli. Sovint disposen d'una extensa xarxa, per exemple en el sector de la telefonia, que els atorga un avantatge aclaparador sobre els nous operadors, que no la tenen.

L'objectiu, gens senzill d'altra banda, d'aquest sistema de regulació és, precisament, recrear o reconstruir la competència entre operadors on aquesta no s'activa de manera natural. Les tècniques per a aconseguir-ho són diverses, com podrem comprovar, encara que totes tracten de recompondre i reequilibrar les posicions dels operadors, sobretot en aspectes com la interconnexió i accés a xarxes o en la distribució de càrregues entre operadors per a fer front a obligacions de servei públic en espais que no els resulta rendible.

### 6.3. Les autoritats reguladores. Agències i altres instàncies amb poders de regulació

L'activitat de regulació es fa generalment per instàncies que tenen aquesta específica funció reguladora en el sector de què es tracti. Sens dubte l'expressió institucional i organitzativa més característica és la que ofereixen les agències o autoritats reguladores, que tenen origen en l'experiència nord-americana a la qual ja ens hem referit.

#### Lectura recomanada

Vegeu els articles 109 i 110 de la LRJSP que regulen les autoritats administratives independents d'àmbit estatal.

#### 6.3.1. Autoritats reguladores especialitzades

##### 1) Nacionals i europees

Ens trobem aquí amb autoritats reguladores que tot i que són de creació relativament recent –tan recent com la mateixa activitat de regulació– ja són molt conegudes. Així, la Comissió Nacional de les Telecomunicacions (CNT), la Comissió Nacional de l'Energia (CNE), o la Comissió Nacional del Mercat de Valors (CNMV), etc. Unes agències que actuen en els sectors específics que se'ls han encomanat en un àmbit territorial d'abast nacional.

##### La crisi financerà

La crisi financerà de final de la primera dècada del present segle ha mogut les autoritats europees a plantejar-se la creació d'agències amb forts poders (fins llavors, a Europa, la denominació d'*agències* s'atribueix a organismes amb funcions assessoreres i no reguladores) començant pel sector financer i de valors.

##### 2) Autoritats reguladores amb àmbit territorial limitat

Hi ha un altre tipus d'autoritats reguladores que es diferencien de les anteriors perquè tenen un àmbit territorial d'actuació més localitzat. Es tracta també d'entitats amb personalitat jurídica pròpia, amb un disseny organitzatiu i funcional especialitzat, clarament orientat a l'exercici de les seves funcions específiques de regulació.

### **Autoritats portuàries**

Un exemple paradigmàtic d'aquest tipus d'entitats el constitueixen les autoritats portuàries, l'objecte fonamental de les quals és regular les activitats i serveis que es desenvolupen en els ports comercials com també protegir aquestes infraestructures portuàries i administrar els diversos usos susceptibles en aquestes.

També trobem autoritats reguladores que operen en àmbits territorials més comuns. Així passa, per exemple, en l'àmbit municipal per a les grans ciutats i, sobretot, en l'àmbit metropolità, el que s'estén per les conurbacions entorn de les grans ciutats, que és molt propici per a regular certs serveis i activitats que en aquestes àrees tenen una gran rellevància. És vital, per exemple, el servei de transport, amb totes les seves modalitats, ja que connecta els municipis circumdants a una conurbació. Un antecedent d'autoritat reguladora sobre totes les modalitats de transport és la Chicago Transit Authority (CTA). Les autoritats metropolitanes del transport, o amb denominació similar, ja són molt freqüents a l'entorn de les nostres grans ciutats.

### **6.3.2. Instàncies reguladores en l'organització administrativa ordinària**

La condició d'instàncies reguladores i els poders de regulació consegüents poden atribuir-se també a òrgans que estan integrats en l'estructura organitzativa de les administracions ordinàries, òrgans de l'Administració de l'Estat o de les administracions autonòmiques.

#### **Direcció General d'Aviació Civil**

Així, per exemple, la Direcció General d'Aviació Civil, integrada en l'Administració de l'Estat, al Ministeri de Foment, és la instància reguladora del transport aeri i dels serveis que es presten als aeroports, sobretot els anomenats *serveis de terra, d'assistència a passatgers i aeronaus*.

### **6.3.3. Reguladors privats?**

Fins i tot és perfectament possible, encara que possiblement no desitjable, que entitats privades tinguin la condició d'instàncies reguladores. Es tracta d'una expressió nova d'aquest fenomen actual i en expansió d'exercici per particulars de funcions públiques, ja que les funcions de regulació són funcions públiques inequívoces, que comporten l'exercici d'autoritat.

En qualsevol cas, no s'atribueix a particulars un poder de regulació plenari, amb totes les potestats que li són inherents, sinó que les funcions reguladores exercides per subjectes privats se circumscriuen a fases o àrees molt concretes del conjunt de l'activitat d'un sector subjecte a regulació.

### **Exemples de reguladors privats**

(6) En alemany, *Beleihung*.

Així passa, per exemple, amb les entitats privades que són titulars de xarxes de transport i distribució d'hidrocarburs (oleoductes, gasoductes), d'energia elèctrica, etc. El que a aquestes entitats correspon regular és únicament el que fa referència a l'accés i utilització d'aquestes xarxes pels operadors del sector.

Hi ha altres experiències de subjectes privats que exerceixen funcions de regulació. A Alemanya s'ha reactivat i potenciat una fórmula característica del seu ordenament com és l'habilitació<sup>6</sup> que permet a particulars exercir funcions públiques per a atribuir-los en diversos àmbits la condició de reguladors. És el cas, per exemple, dels particulars que desenvolupen funcions de regulació en el trànsit aeroportuari, amb els coneguts *slots* o permisos d'aterratge i enlairament d'aeronaus.

#### **6.3.4. La regla estructurant de la separació completa entre reguladors i operadors**

La característica determinant de la posició jurídica dels reguladors no és, per tant, que se situin en l'àmbit públic (que és el normal i més adequat) o en el privat, sinó la separació i independència total pel que fa als operadors.

Aquesta és una regla rotundament enunciada pel dret europeu per la senzilla raó que a Europa hi ha hagut processos de liberalització i trànsit de sistemes en els quals l'estat i el sector públic tenien importants, si no absolutes, responsabilitats de gestió com a operador en molts sectors. Si ara l'estat es concentra en la posició de regulador ha d'abandonar les seves posicions com a operador.

#### **Regla de la separació entre regulador i operadors**

La regla de la separació entre regulador i operadors manté tot el sentit en el cas que la posició de regulador la tingui un subjecte privat que podria tenir una posició d'avantatge clara, contrària a les regles més elementals del mercat, si actués també com a operador en el sector.

Així en el cas de la gestió dels serveis aeroportuaris a què ens hem referit a títol d'exemple trobem que el gestor més important, AENA, és un ens públic; per això no pot exercir les funcions de regulació que, com exigeix el dret europeu, han d'encomanar-se a una instància diferent. Aquesta és la raó per la qual les funcions de regulació s'encomanen a la Direcció General d'Aviació Civil, fet que no constitueix, per cert, un bon exemple d'independència entre regulador i gestor ja que en aquest cas tots dos estan adscrits al Ministeri de Foment.

En el cas de regulador privat, com el que té aquesta posició pel fet de ser titular de xarxes que necessàriament han d'utilitzar altres operadors, és evident que si aquest subjecte fos alhora operador del sector podria fàcilment tenir un tracte preferent en l'accés a aquestes xarxes i la seva utilització, per aquest motiu la legislació repara en l'accionariat d'aquestes societats per a evitar que pugui participar-se tant en les que són operadores com en la que pugui tenir la posició d'entitat reguladora de la xarxa de la qual és titular.

## 6.4. Les potestats reguladores i els fronts sobre els quals es projecten: relació vertical entre operadors i usuaris i relació horitzontal entre operadors

### 6.4.1. Pressupòsits i finalitats de les potestats de regulació

Les instàncies reguladores disposen de potestats diverses per a assolir les seves finalitats. Potestats d'inspecció, sancionadores, normatives reglamentàries, certificadores, arbitrals, etc. No ens aturarem en cadascuna, ja que han estat objecte d'estudi amb caràcter general en altres mòduls didàctics.

Interessa destacar en qualsevol cas que totes aquestes potestats requereixen una habilitació expressa per norma amb rang de llei. El reconeixement a un subjecte determinat de la condició de regulador no comporta sense més el reconeixement de qualsevol potestat per a l'exercici de les seves funcions. És necessari que una norma amb rang de llei els atribueixi les potestats que es considerin necessàries per a exercir les seves funcions. Convé recordar que la configuració de les agències reguladores als Estats Units es fa sobre la base de la doctrina dels *delegated powers*: els poders de les agències són poders delegats pel Parlament i per això requereixen d'una atribució per llei, bé en la seva pròpia carta o estatut fundacional, bé per lleis particulars que els atribueixin poders específics.

Aquesta exigència rigorosa d'atribució legal expressa de potestats a les autoritats de regulació pot suposar, si s'incompleix, el vici de les actuacions que no tinguin la cobertura necessària en una norma amb rang de llei. S'incorreria així en el vici d'excés de delegació o *ultra vires*.

#### Reguladors

Cal tenir en compte que no tots els reguladors tenen atribuïdes totes les potestats possibles. En molts casos, tenen facultats limitades perquè també són limitades les seves funcions de regulació, com passa, tal com hem vist, amb les entitats titulars de xarxes, la finalitat fonamental de les quals és regular l'ús i accés per part dels operadors i usuaris.

Un component o factor molt rellevant de la regulació és el coneixement precís dels mercats, dels costos reals en els quals incorren els operadors, de les diferències de volum i capacitats dels operadors, dels avantatges de què poden gaudir alguns, etc. Aquesta informació és fonamental perquè els reguladors puguin adoptar amb les màximes garanties d'encert les mesures de regulació dels mercats. És una informació que sobretot es troba en mans dels operadors –cadascun en la seva pròpia activitat i experiència– i és d'ells de qui ha d'obtenir-la el regulador del mercat de què es tracti.

Per això mateix, les potestats la finalitat de les quals és obtenir informació sobre els mercats –potestat inspectora, de requeriment d'informació als operadors– són, tal vegada, les més específiques de l'activitat reguladora i les que arriben a exercir-se amb més contundència.

Però més que les potestats, que ja han estat estudiades en els capítols corresponents (cas de la potestat reglamentària o normativa de les administracions, el de la potestat sancionadora, etc.), el que principalment ens interessa estudiar ara són els focus d'atenció de la regulació en els quals convergeixen aquestes potestats. Són els punts clau de la regulació i entorn d'aquests es gesten les fórmules o tècniques jurídiques més característiques.

D'entrada cal destacar que la regulació dels sectors i serveis econòmics d'interès general –les *public utilities*, en l'expressiva i molt similar expressió de la regulació als Estats Units– té, en el model de regulació en competència vigent, dos eixos d'atenció molt clars que convé distingir a efectes expositius, encara que en la pràctica tinguin múltiples interconnexions.

Hi ha un **eix vertical** que articula les relacions entre autoritat reguladora, operadors i usuaris o clients. Aquest era, com ja ens consta, l'únic eix del model clàssic de regulació, ordinàriament en règim de monopoli. L'autoritat reguladora controlava i regulava l'activitat de l'operador monopolista perquè aquest no abusés de la seva posició de monopol i oferís als usuaris un servei continuat, amb uns preus ajustats als costos en els quals l'operador incorria i uns estàndards de qualitat i seguretat fixats pel regulador.

L'**eix horitzontal** és la gran i característica novetat del model de regulació en competència vigent. L'activitat reguladora es projecta aquí sobre les relacions entre els operadors per a establir i recompondre si escau una competència efectiva entre si, ja que és justament d'aquesta competència que s'espera que sorgeixi la fixació més ajustada i racional de preus, d'estàndards de qualitat i d'innovació i adaptació tecnològica.

Els dos eixos es mantenen operatius en el model actual de regulació encara que és a l'eix horitzontal al qual es pretén transmetre la màxima potència, ja que l'objectiu principal del model és activar i mantenir una competència entre operadors de la qual es derivaran, es pensa, els preus més ajustats i les millors prestacions. S'és conscient, no obstant això, que importants expectatives d'interès públic justificat no es veuran mai ateses des de la competència i l'opció preferent per la rendibilitat dels operadors. Per a atendre aquestes expectatives es manté l'eix vertical de regulació.

## **6.4.2. L'eix vertical de la regulació. Regulador, operadors, usuaris. Els punts d'atenció**

Entre les determinacions i actuacions que corresponen a l'autoritat reguladora i no es fien per tant a la competència entre els operadors, poden destacar-se les següents:

### **1) La determinació de les obligacions de servei públic**

En molts casos els operadors troben molt rendible actuar en certs sectors o espais, per exemple en grans concentracions urbanes, ja que amb pocs costos de transport o difusió poden accedir a un nombre molt alt d'usuaris i obtenir grans ingressos i beneficis. En canvi en altres zones, com les zones rurals o de població dispersa, la prestació del servei pot ser molt poc rendible i fins i tot completament deficitària. Per això l'autoritat o agència reguladora pot imposar als operadors l'obligació de fer accessible el servei a determinades zones o a determinats col·lectius tot i que als operadors els suposi un cost que, obviaument, esperen cobrir amb els beneficis obtinguts en altres espais o segments d'alta rendibilitat.

#### **Obligacions de servei públic**

La diferència de règim i concepte respecte als serveis públics tradicionals, que es mantenen sobretot en l'àmbit local com ens consta, resulta aquí clarament perceptible. L'Administració titular del servei adopta totes les decisions importants sobre la seva prestació, i fixa per exemple els traçats de les línies d'autobusos i els horaris, que cobreixen també zones i franges horàries que no resultarien rendibles. Fixades les condicions de prestació del servei s'ofereix en licitació pública la seva gestió en règim de concessió. El concessionari accepta aquestes condicions i amb la seva gestió espera obtenir els beneficis del quadre de retribucions que s'estableix en el contracte de concessió, amb unes tarifes i compensacions fixades per l'Administració.

En canvi, en els serveis liberalitzats són els operadors els que adopten lliurement totes les decisions quant a preus, modalitats de prestació, tecnologia, relacions amb els usuaris, etc. La regulació pública només es produeix per a garantir (d'aquí l'adscripció del sistema de regulació a l'anomenat *estat garant*) unes expectatives o exigències bàsiques des de la perspectiva pública. En aquest cas, amb la fórmula de les obligacions de servei públic es pretén que els serveis resultin accessibles per a zones o col·lectius que no entrarien en la lògica de mercat i de rendibilitat dels operadors.

Com es finançen aquestes obligacions que, per definició, cobreixen segments de negoci no rendibles en els quals s'opera a pèrdues ja és una qüestió que se situa en l'altre eix de la regulació, l'horizontal, que articula les relacions entre operadors.

### **2) La fixació de referències sobre preus, tarifes o estàndards de qualitat i seguretat**

La intensitat de la intervenció de les autoritats reguladores varia segons diversos components, sobretot el grau d'efectivitat dels mecanismes de mercat. Per raons estructurals insalvables, hi ha sectors que només admeten un nombre molt reduït d'operadors, en situacions d'oligopoli o d'estricte monopolí. Per

a garantir que no hi hagi abusos o disfuncions, les autoritats reguladores fixen llavors, segons l'estructura de mercat i els costos en els quals incorren els operadors, uns límits màxims dels preus i tarifes, o exigeixen l'aprovació de tarifes proposades pels operadors. Una intervenció similar pot produir-se per tal de garantir uns estàndards bàsics en matèria de qualitat, seguretat o entorn tecnològic de les prestacions.

### 3) La protecció dels usuaris en el model de regulació

És una funció fonamental de les autoritats reguladores. Actuen aquí tenint en compte dos tipus d'impulsos:

- 1) **Actuació d'ofici o a pròpia instància.** Facilitant informació, establint exigències als operadors, com la de dotar-se d'un codi ètic –que pot ser aprovat pel regulador– sobre les seves relacions amb els usuaris i clients.
- 2) **Actuant a instàncies dels usuaris,** tenint en compte les seves queixes i obrint, si cal, inspeccions i imposant sancions.

#### **6.4.3. La regulació horitzontal. Les relacions entre operadors en el model de regulació en competència**

Hi ha tot un seguit d'intervencions de les autoritats reguladores, aplicant fórmules diverses, que es projecten sobre els operadors i les relacions que mantenen entre si, i en determinen en alguns casos els espais d'actuació i facultats. L'objectiu d'aquest eix regulador no és tant mantenir una certa igualtat o equilibri entre els reguladors sinó, sobretot i fonamentalment, generar i mantenir una competència efectiva entre si per a obtenir així unes prestacions ajustades quant als preus i estàndards, que resultaran més favorables per als consumidors i per al funcionament mateix del sistema econòmic.

#### **Regulació dels operadors**

En molts sectors els operadors poden trobar-se en situacions molt diferents, favorables per a uns i desfavorables per a uns altres. És freqüent el cas de serveis que abans eren serveis públics o es gestionaven en règim de monopoli per un sol operador; quan es va liberalitzar el servei era evident que els nous operadors es trobaven en una situació d'inferioritat clara respecte a l'anterior operador monopolista (és el cas, per exemple, de Telefónica i d'altres operadors en sectors diversos) que tenia una cartera de clients impressionant i xarxes molt esteses. Aquesta disparitat de posicions, per causes alienes a la gestió dels operadors, és el que justifica la intervenció de l'autoritat reguladora.

#### **El finançament de les obligacions de servei públic**

Tal com vèiem en l'apartat anterior, el regulador estableix i determina les obligacions de servei públic en benefici dels usuaris amb més dificultats d'accés. Però aleshores s'ha de resoldre la qüestió, sovint molt complexa, de qui compleix aquesta obligació i com es finança. Les solucions per les quals pot optar l'autoritat reguladora varien segons l'estructura del mercat. Si hi ha un operador dominant, és aquest qui normalment ha d'afrontar les obligacions de

servei. Si són diversos els operadors amb un volum de negoci similar, és possible que l'autoritat reguladora estableixi una distribució per zones entre els operadors; o, com també passa sovint, la constitució d'un fons comú entre els operadors, que faran aportacions segons la seva quota de mercat per a cobrir els costos de les obligacions de servei públic que materialment puguin encomanar-se a un determinat operador.

### **Regulació d'accés a xarxes i a infraestructures**

Es tracta de béns molt limitats i escassos com són les xarxes de transport d'energia elèctrica, de transport de gas i petroli (gasoductes, oleoductes), els espais disponibles en els ports, en un aeroport, les vies i infraestructures ferroviàries, etc. Els operadors, ja siguin productors de gas o petroli, empreses de càrrega i descàrrega portuàries, companyies aèries, companyies de transport per ferrocarril, etc. necessiten l'accés a aquestes xarxes i infraestructures, que tenen unes limitacions objectives d'espai i d'ús. La funció de la regulació consisteix aquí a ordenar i distribuir l'accés i ús per part dels operadors.

#### **Regulació de l'ús d'infraestructures**

Hi ha casos en els quals una entitat pública s'encarrega de gestionar la xarxa o la infraestructura (com és el cas de l'empresa que s'encarrega de gestionar la xarxa elèctrica o l'ens gestor de les infraestructures ferroviàries) i es poden trobar també supòsits de gestió per una empresa privada que fa d'aquesta manera funcions públiques inequívoces, motiu pel qual és aplicable el règim de dret públic, dret administratiu, a aquestes actuacions. En molts altres casos és una autoritat reguladora amb competències més àmplies la que desenvolupa aquesta funció de regulació de l'ús d'infraestructures; així passa, per exemple, amb les autoritats portuàries, entre les funcions de les quals hi ha la gestió dels espais portuaris i la regulació del seu ús pels diferents operadors.

### **Regulació de la interconnexió entre operadors**

En diversos sectors subjectes a regulació els operadors disposen de xarxes de la seva propietat instal·lades per ells mateixos. Així passa, per exemple, en el sector de les telecomunicacions o de la telefonia mòbil, en què els operadors disposen de xarxa pròpia d'antenes i elements de transmissió. Doncs bé, per tal de potenciar la capacitat d'actuació dels operadors i la competència entre si, les autoritats reguladores tendeixen a establir el principi de lliure accés dels operadors a les xarxes que són titularitat d'altres. Aquest règim afavoreix la competència i permet l'entrada de nous operadors que d'aquesta manera, encara que no tinguin una xarxa constituïda o sigui molt fragmentària, poden disposar de les xarxes establertes per altres.

#### **Obertura a la interconnexió**

L'obertura a la interconnexió evita també les posicions de domini dels grans operadors, sobretot dels que vénen del règim de monopolio i que van poder constituir l'única i extensa xarxa aleshores existent. En el model vigent de regulació en competència aquests operadors exmonopolistes es veuen així en l'obligació de posar les seves xarxes a disposició dels operadors competidors.

La interconnexió de xarxes té en qualsevol cas dos condicionants fonamentals:

1) El primer és de **caràcter tecnològic**. La interconnexió ha de ser tècnicament possible, ja que en certs casos i en determinades condicions, com pot ser la debilitat de la xarxa o la seva sobrecàrrega, la interconnexió no és possible o està molt limitada. La funció del regulador consisteix justament a impedir que s'imposin obstacles tecnològics injustificats i a requerir les necessàries adaptacions tecnològiques per a permetre la interconnexió de la manera més fluïda possible.

2) El segon és de **caràcter jurídic**. Els termes i condicions de la interconnexió s'estableixen amb acords de caràcter contractual entre els operadors. En aquests acords s'estableixen uns preus. El més destacat aquí del règim de regulació és que l'autoritat reguladora pot revisar les condicions i preus que pugui fer servir un dels operadors per a abusar o situar-se en una posició de domini o privilegi.

### **La complexitat tècnica i econòmica de la regulació horitzontal**

Convé destacar que, tal com es desprèn de tot això, les intervencions dels reguladors en aquest front són normalment molt complexes. Determinar l'abast de les obligacions de servei públic, calcular-ne el cost i distribuir-lo entre els operadors segons la quota de mercat (molt difícil al seu torn de precisar en cada cas i moment) són operacions molt complexes en les quals intervenen moltes variables. Podem dir el mateix sobre la determinació dels preus d'interconnexió entre operadors, sobre les compatibilitats tecnològiques que la permetin, sobre l'exigibilitat d'adaptacions tecnològiques que permetin superar els obstacles en aquesta matèria, o sobre moltes altres qüestions.

Aquesta regulació en la dimensió horitzontal resulta així amb freqüència extraordinàriament difícil i requereix personal expert en les agències tant en les qüestions tecnològiques, com en les econòmiques, com en les jurídiques.

## Exercicis d'autoavaluació

1. Concepte que tradicionalment ha estat la referència finalista de la policia administrativa.

- a) Seguretat jurídica.
- b) Ordre públic.
- c) Seguretat ciutadana.
- d) Ordre constitucional.

2. Nou concepte de referència de l'activitat d'intervenció administrativa per raons de seguretat.

- a) Risc permès.
- b) Sostenibilitat.
- c) Seguretat ambiental.
- d) Proporcionalitat.

3. El pressupòsit o condició perquè pugui invocar-se el principi de precaució i adoptar mesures sobre la base d'aquest principi és...

- a) una situació de risc no permès.
- b) l'estat d'alarma.
- c) la incertesa científica.
- d) una situació d'emergència.

4. Les mesures que s'adoptin sobre la base del principi de precaució han de ser...

- a) contundents.
- b) efectives.
- c) proporcionades.
- d) extrajurídiques.

5. La seva transmissibilitat és normalment possible quan es tracta d'autoritzacions...

- a) reals.
- b) industrials.
- c) personals.
- d) ambientals.

6. Quan la determinació del risc permès està completament delimitada en les normes, l'autorització és...

- a) discrecional.
- b) normativa.
- c) reglada.
- d) executiva.

7. Les mesures que s'adoptin sobre la base del principi de precaució han de modular-se pel principi...

- a) de seguretat.
- b) de proporcionalitat.
- c) de bona fe.
- d) de risc i ventura.

8. El règim de comunicació...

- a) apareix en la Directiva de serveis.
- b) tenia antecedents en la nostra legislació.
- c) necessita transposició.
- d) és una construcció jurisprudencial.

9. L'Administració, una vegada rebuda la comunicació,...

- a) ha de donar trasllat als veïns.
- b) ha de fer la inspecció de la instal·lació.
- c) ha de sol·licitar la declaració responsable.
- d) pot no adoptar cap de les opcions anteriors.

10. A una mateixa persona i per uns mateixos fets li poden imposar dues sancions administratives?

- a) Mai, està categòricament rebutjat pel principi *non bis idem*.
- b) Només si intervenen dues jurisdicccions.
- c) Si atenen la protecció de béns jurídics diferents.
- d) Només si ho autoritza el jutge penal.

11. La prohibició dels tribunals d'honor es deu...

- a) a la superació de l'ordre estamental.
- b) al fet que aquests tribunals operaven sense procediment.
- c) al fet que negaven el principi de tipicitat de les sancions.
- d) al fet que no dispensaven una tutela judicial efectiva.

12. El mateix òrgan instructor pot aplicar el dret en un procediment sancionador...

- a) sempre que ho estimi convenient.
- b) només en cas que hi hagi limitacions d'òrgans o pressupostàries.
- c) constitueix un vici que pot convalidar-se en qualsevol moment.
- d) és un vici greu determinant de nul·litat absoluta.

13. El dret europeu...

- a) és contrari a les subvencions perquè alteren la competència.
- b) fomenta les subvencions per incentivar l'economia.
- c) només reconeix les subvencions com a fórmula per a promoure la cohesió social i territorial.
- d) no té una posició determinada sobre aquest tema.

14. La subvenció que es va obtenir de manera fraudulenta...

- a) és un fet constitutiu de delicte.
- b) ha de reintegrar-se.
- c) queda sota la jurisdicció del Tribunal de Defensa de la Competència.
- d) s'ha de reintegrar multiplicada per dues.

15. El règim de comunicació pot conduir previsiblement...

- a) a un increment de la responsabilitat de l'Administració.
- b) a un increment de l'activitat inspectora de l'Administració.
- c) a la recerca per part dels comunicants d'una cobertura en subjectes privats que facin activitats de certificació i acreditació.
- d) a la crisi de l'activitat comercial.

16. El concert és una fórmula molt utilitzada en la prestació dels serveis...

- a) de transport per mar i carretera.
- b) de telecomunicacions i televisió.
- c) d'educació i sanitat.
- d) de proveïment d'aigua i energia.

17. La fórmula de què disposa l'Administració per a produir una finalització anticipada de la concessió és...

- a) la reversió.
- b) la privatització del servei.
- c) el rescat.
- d) l'expropiació.

18. La reserva d'un servei al sector públic s'ha d'efectuar...

- a) per acord del Consell de Ministres.
- b) per llei.
- c) per decret.
- d) pel ple de l'ajuntament.

19. La incorporació dels avenços tecnològics a les concessions de servei públic es fa...

- a) mitjançant normes reglamentàries de l'Administració.
- b) per la competència que s'entaula entre els concessionaris.
- c) mitjançant el que disposa la clàusula de progrés.
- d) mitjançant l'adjudicació a un concessionari nou que incorpora la nova tecnologia.

20. La concessió de serveis públics té caràcter...

- a) constitutiu.
- b) declaratiu.
- c) executiu.
- d) aleatori.

21. La gestió directa de serveis públics...

- a) és la que fa l'Administració de l'estat.
- b) és la gestió en casos de necessitat.
- c) és la que fa l'Administració titular del servei o mitjançant entitats que en depenen.
- d) és la que es presta directament als usuaris.

22. Les obligacions de servei públic...

- a) són les que presta el concessionari.
- b) són les pròpies de qualsevol sector regulat.
- c) són les que imposa el regulador als operadors perquè el servei arribi a tots els usuaris potencials i no solament als més rendibles.
- d) són les que s'imposen en autoritzar un operador nou.

23. La posició que es pretén de les agències reguladores és...

- a) una posició molt connectada al sector privat.
- b) una posició molt oberta a la regulació internacional.
- c) una posició neutral i equidistant de l'Administració i el sector privat.
- d) una posició estratègica.

24. La taxa de retorn és característica....

- a) del model de regulació europeu.
- b) del model de regulació en monopoli.
- c) del *new deal* del president F. D. Roosevelt.
- d) del model de regulació en competència.

25. La taxa de retorn és materialment similar...

- a) a l'impost sobre el valor afegit.

- b) a l'equació financer dels contractes administratius de gestió de serveis públics.
- c) al règim de responsabilitat patrimonial de l'Administració.
- d) a la contraprestació per la llicència d'obertura.

26. El model de regulació en competència pot caracteritzar-se...

- a) com un model horitzontal, ja que el regulador intervé en les relacions entre operadors.
- b) com un model interactiu.
- c) com un model de regulació vertical.
- d) com un model transversal.

27. Un aspecte que constitueix una crítica comuna al model tradicional de gestió de serveis públics a Europa és...

- a) la falta d'atenció als desequilibris socials.
- b) la participació ciutadana escassa.
- c) els preus elevats.
- d) la promiscuïtat de la gestió econòmica amb els objectius i interessos polítics.

## Solucionari

### Exercicis d'autoavaluació

1. b

2. a

3. c

4. c

5. a

6. c

7. b

8. b

9. d

10. c

11. c

12. d

13. c

14. b

15. c

16. c

17. c

18. b

19. c

20. a

21. c

22. c

23. c

24. b

25. b

26. a

27. d

## Glossari

**autorització** *f* Acte administratiu que habilita per a l'exercici d'una activitat determinada i que pot imposar condicions i mesures al seu desenvolupament.

**CE** *f* Constitució espanyola.

**concessió** *f* Fórmula de gestió d'un servei públic per un particular que es disposa en un contracte.

**gestió directa de serveis públics** *f* Gestió que duu a terme la mateixa Administració; ho pot fer per mitjà de persones instrumentals (organismes autònoms, societats estatals, etc.).

**gestió indirecta de serveis públics** *f* Modalitat de gestió en què l'Administració titular d'un servei públic recorre a una empresa privada per a la prestació material.

**LPAC** *f* Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

**LRJPAC** *f* Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.

**LRJSP** *f* Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic.

**non bis in idem** *m* Principi clàssic –que admet moltes modulacions i precisions– que, bàsicament, s'oposa a la doble repressió per una mateixa infracció.

**rescat** *m* Final anticipat de la concessió per decisió administrativa. Es planteja la possible indemnització al propietari, que pot ser no procedent si ha fet una gestió no ajustada als termes que estableix el contracte.

**STC** *f* Sentència del Tribunal Constitucional.

## Bibliografia

### Bibliografia sobre l'activitat de policia

**Carrillo Donaire, J.** (2001). *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*. Madrid: Marcial Pons.

**Cierco Seira, C.** (2004). "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español". *Revista de Administración Pública* (163). Madrid: CEC.

**Domenech Pascual, G.** (2006). *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

**Esteve Pardo, J.** (1999). *Técnica, riesgo y Derecho*. Barcelona: Ariel.

**Esteve Pardo, J.** (2003). "De la policía administrativa a la gestión de riesgos". *Revista Española de Derecho Administrativo* (119).

**Esteve Pardo, J.** (2011). *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia* (2a. ed.). Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons.

**Izquierdo Carrasco, M.** (2002). *La seguridad de los productos industriales, régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*. Madrid: Marcial Pons.

**Laguna de Paz, J. C.** (2006). *La autorización administrativa*. Madrid: Civitas.

**Rebollo Puig, M.; Izquierdo Carrasco, M.** (2003). "El principio de precaución y la defensa de los consumidores". *Documentación Administrativa* (266).

**Sanz Larruga, F. J.** (2002). "El principio de precaución en la jurisprudència comunitaria". *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* (1).

**Tarres Vives, M.** (2003). *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*. València: Tirant lo Blanc.

### Bibliografia sobre l'activitat de supervisió

**Calvo Caravaca, A.; Carrasco González, J.** (2001). *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Civitas.

**Canals Ametller, D.** (2003). *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*. Granada: Comares.

**Darnaculleta Gardella, M.** (2005). *Autoregulación y Derecho público. La autoregulación regulada*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.

**Esteve Pardo, J.** (2002). *Autoregulación. Génesis y efectos*. Pamplona: Aranzadi.

**Nuñez Lozano, M. C.** (2001). *Las actividades comunicadas a la Administración: la potestad administrativa de voto sujeta a plazo*. Madrid: Marcial Pons.

**Rodríguez Font, M.** (2003). *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autoregulación*. Barcelona: Atelier.

**Torres Cobas, F.** (2009). "Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales". *Revista electrónica CEMCI*, 4.

### Bibliografia sobre l'activitat sancionadora

**Aguado i Cudolá, V.** (1994). *La presunción de certeza en el Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Civitas.

**Alarcón Sotomayor, L.** (2007). *Los derechos fundamentales y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Civitas.

**Cano Campos, T.** (2001). "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador". *Revista de Administración Pública* (156).

**De Palma del Teso, A.** (1996). *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos.

**Esteve Pardo, J.** (1999). "Sanciones administrativas y potestad reglamentaria". *Revista Española de Derecho Administrativo* (105).

**Huergo Lora, A.** (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel.

**Nieto García, A.** (2012). *Derecho administrativo sancionador* (5a. ed.). Madrid: Tecnos.

**Rebollo Puig, M.; Izquierdo Carrasco, M.; Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.** (2010). *Derecho administrativo sancionador*. Valladolid: Lex Nova.

#### Bibliografia sobre l'activitat de foment

**Del Barco Fernández-Molina, J.; Panizo García, A.** (2004). *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*. Valladolid: Lex Nova.

**Fernandez Farreres, G.** (2007). *Régimen jurídico de las subvenciones. Derecho español y comunitario*. Madrid: Civitas.

**Martínez Giner, L. A.** (2006). *El reintegro de las subvenciones públicas*. Madrid: Marcial Pons.

**Pascual García, J.** (2008). *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*. Madrid: INAP.

#### Bibliografia sobre activitat de prestació

**Ariño Ortiz, G.; Martínez-López Muñiz, J. M.; De la Cuétara, J. M.** (1997). *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons.

**De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T.** (2010). *La ordenación de las actividades de servicios. Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de diciembre*. Navarra: Aranzadi.

**Domínguez Martín, M.** (2006). *Formas de gestión de la sanidad pública en España*. Madrid: Institut Nacional d'Administració Pública.

**Esteve Pardo, J.** (2002). *Régimen jurídico de los aeropuertos. Servicio público y explotación comercial*. València: Tirant lo Blanc.

**Meilán Gil, J. L.** (2006). *Progreso tecnológico y servicios públicos*. Madrid: Civitas.

**Sanz Rubiales, I.** (2005). *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*. Valladolid: Lex Nova.

**Sosa Wagner, F.** (2008). *La gestión de servicios públicos locales* (7a. ed.). Madrid: Civitas.

**Souvirón Morenilla, J. M.** (1998). *La actividad de la Administración y el servicio público*. Granada: Comares.

**Torres López, M. A.** (2007). *El sector eléctrico en España*. Granada: Comares.

#### Bibliografia sobre l'activitat de regulació

**Carlón Ruiz, M.** (2007). *El servicio universal de telecomunicaciones*. Madrid: Civitas.

**Carrillo Donaire, J. A.** (2009). "La regulación de la seguridad y la calidad industrial y productiva". A: S. Muñoz Machado; J. Esteve Pardo (2009). *Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel.

**Darnaculleta i Gardella, M. M.** (2009). "La autoregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía". A: S. Muñoz Machado; J. Esteve Pardo (2009). *Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel.

**De la Cruz Ferrer, J.** (2002). *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

**Esteve Pardo, J.** (2009). "La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias". A: S. Muñoz Machado; J. Esteve Pardo (2009). *Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel.

**González Sanfiel, A. M.** (2010). *Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*. Madrid: Iustel.

**Muñoz Machado, S.; Esteve Pardo, J.** (2009). *Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel.

**Souvirón Morenilla, J. M.** (2004). *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*. Granada: Comares.

**Tarrés Vives, M.** (2005). *La regulación del taxi*. Barcelona: Atelier.

**Villar Rojas, F. J.** (2004). *Las instalaciones esenciales para la competencia*. Granada: Comares.

